

تصنيف الشيخ الإمام العلامة
شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي

دراسة وتحقيق
معالي أ.د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

المجلد الثالث

الطبعة الثالثة
١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م

توزيع
مكتبة الأسدي

مكة المكرمة - العزيزية - مدخل جامعة أم القرى ت - ٥٥٧٠٥٠٦ فاكس - ٥٥٧٥٢٤١
فرع العزيزية الشارع العام ت - ٥٢٧٣٠٣٧ ص. ب ٢٠٨٣

شرح الزركشي على متن الخرقي

﴿كتاب الفرائض﴾

(ش): الفرائض جمع فريضة، وهي في الأصل مصدر من فرض وافترض.

وحدّها في اصطلاح: العلم بقسمة المواريث.

والأصل فيها ما روى أبو هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلّموا الفرائض وعلّموها فأنها نصف العلم، وهو ينسى فهو أول شيء ينتزع من أمتي» رواه ابن ماجه والدارقطني[1].

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: «العلم ثلاثة وما وراء ذلك [فهو فضل]، آية محكمة، أو سنّة قائمة، أو فريضة عادلة». رواه أبو داود وابن ماجه[2].

(قال): ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وإن سفل ولا مع أب.

(ش): يسقط ولد الأبوين او الأب ذكرهم وأنثاهم بثلاثة: الابن وابنه والأب بالإجماع حكاه ابن المنذر.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض، ٢/ ٩٠٨ حديث رقم ٢٧١٩ وأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الفرائض، ٤/ ٦٧.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب ما جاء في تعليم الفرائض: ٢/ ١٠٧، وأخرجه ابن ماجه في سننه، المقدمة، باب اجتناب الرأي والقياس: ١/ ٢١ حديث ٥٤.

وقد قال تعالى ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ﴾[1]، الآية وهو يقتضي أن الأخ والأخت لا يرثان، مع وجود الولد. وهو شامل للولد، وولد الابن.

والكلالة من لا ولد له ولا والد، والمراد الأخ أو الأخت من الأبوين أو الأب بلا نزاع وإنما خص الحجب بالولد الذكر، وإن كانت الآية تشمل الأنثى. لما سيأتي من أن الأخوات مع البنات عصبة، وإذًا فالآية مخصوصة بالذكور، يزيد بولد الأب على حجبه بالثلاثة أنه يحجب بالأخ[2] من الأبوين، وقد أشعر كلام الخرقي هذا في قوله «الاخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم إذا لم يكن اخوات لأب وأم، وذلك لما روى عَلِيٌّ أن رَسُولُ الله ﷺ «قَضى بِالدَّيْنِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ» فإنَّ أَعْيَانَ بني الأُمِّ يتوارثون دُونَ بني الْعَلاَّتِ يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه. رواه أحمد والترمذي وابن ماجه[3].

(قال): ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ذكرًا كان الولد أو أنثى، ولا مع ولد ابن ولا مع أب ولا مع جد.

(ش): ولد الأم ذكرهم وأنثاهم يسقط بأربعة الولد وولد الابن والأب والجد أبو الأب في قول العامة لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾[4]. والمراد بالأخ والأخت من الأم بالإجماع.

والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد له، والولد يشمل الولد وولد الابن، والوالد يشمل الأب والجد، والله أعلم.

---

(١) الآية: رقم ١٧٦ من سورة النساء.

(٢) من نسخة «ب» «بالأخ بالأخ» والتصحيح من المغني لابن قدامة: ٧/ ٤.

(٣) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الوصايا، باب الدين قبل الوصية: ٢/ ٩٠٦ حديث رقم ٢٧١٥.

(٤) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(قال): والأخوات مع البنات عصبة، لهن ما فضل وليست لهن معهن فريضة مسمّاة.

(ش):العصبة في الاصطلاح وحكمه أنه يرث بلا تقدير ثم تارة ينفرد فيجوز جميع المال، وتارة تستغرق الفروض المال فيسقط، وتارة لا تستغرق، فيأخذ الفاضل.

إذا تقرر هذا فالأخوات مع البنات عصبة، لهن الفاضل عن فرض البنات، وليست لهن مع البنات فريضة مسمّاة، لما روي أن أبا موسى سئل عن أبنة وأبنة ابن وأخت فقال: للأبنة النصف، وللأخت النصف فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذًا وما أنا من المهتدين أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ «للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت فأخبر أبو موسى بقول ابن مسعود: لا تسألوني ما دام هذا الخبر فيكم». رواه البخاري وغيره[1].

والمراد بالأخوات الأخوات من الأبوين أو لأب لأنه قد تقدم له أن الأخوات من الأم لا يرثن مع الولد.

(قال): وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات.

(ش): هذا إجماع ويشهد له قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾[2]، الآية وولد البنين، أولاد، قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوا أبناء الرجال الأباعد

وقوله بمنزلتهن أي عند عدمهن في أرثهن، وحجبهن لمن تحجبه البنات،

(١) أخرجه البخاري، في فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة: ١٢/ ١٣-١٤.

(٢) الآية رقم ١١ من سورة النساء.

وفي كون الأخوات معهن عصبة وغير ذلك.

(قال): فإن كن بنات وبنات ابن فللبنات الثلثان، وليس[1] لبنات الابن شيء إلا أن يكون معهن ذكر، فيعصبهن، فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين.

(ش): البنات لهن الثلثان بالاجماع، وسنده قوله تعالى ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾[2]، وكذلك البنات لهن الثلثان بالإجماع وغيره يرويه شذت عن ابن عباس وفرق في الآية الكريمة، قيل: زائدة للتوكيد توضح ذلك وبينه ما روى جابر قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بأبنتيها من سعد فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وأن عمّها أخذ مالها، فلم يترك لها مالاً، ولا ينكحان إلا بمال فقال: يقضي الله في ذلك، فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمّها فقال: «أعط ابنتي سعد الثلثين، وأمّهما الثمن. وما بقي فهو لك». رواه الخمسة[3]، وهذا بيان الآية الكريمة، وأيضًا قوله ﴿يَسْتَفْتُونَكَ﴾ الآية وهذا يدلّ بطريق التنبيه على أن للبنتين الثلثين، لأنّهما أقرب من الأختين، ولا شك أن دلالة التنبيه أقوى من دلالة مفهوم الشرط، بل قد قال بعض العلماء إنها أقوى من دلالة النص. وأيضًا قوله ﴿يُوصِيكُم اللهُ﴾ الآية وإذًا معنى ذكر وأنثى فللأنثى الثلث وللذكر الثلثان إذا تقرر هذا فإذا كان في المسئلة بنتان فصاعدًا، أو بنتا ابنٍ فللبنات فصاعدًا الثلثان وتسقط بنات الابن بالإجماع، ولأنّ الثلثين لجهة البنات وقد استوعبته بنات

(١) من نسخة «ب»: «فليس».

(٢) الآية رقم ١١ من سورة النساء.

(٣) أخرجه الترمذي في صحيحه، أبواب الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات: ٨/ ٢٤٢-٢٤٣.

الصلب، فسقط بنات الابن لأنّهنّ دونهن في الدرجة، اللهم إلا أن يكون معهن ذكر، من بني الأب كأخيهن أو ابن عمّهن فيعصبهن. فما بقي للذكر مثل حظ الانثيين، وهؤلاء أولاد، وكذلك لو كان الذكر من ولد الأب، أنزل منهن كأخيهن أو ابن عمّهن أو ابن ابن ابن عمّهن، لما تقدم والله أعلم.

(قال): فإن كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلبنت الصلب النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين.

(ش): لا نزاع بين العلماء أنّ للبنت الواحدة النصف، وقد شهد له قوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ ولا نزاع أيضًا بينهم في أنها إذا كانت بنت وبنت ابن وبنات ابن أو بنات ابن وبنات ابن ابن، ان لبنت الصلب النصف، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر السدس، تكملة الثلثين، لما تقدم من قصة أبي موسى وحديث ابن مسعود، فإن كان مع بنات الابن ذكر، فيعصبهن، فيما بقي ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ لما تقدّم، في الآية الكريمة.

وقول الخرقي في هذه المسئلة، والتي قبلها إلا أن يكون معهن ذكر يشمل هذه المسئلة، والتي قبلها، يشمل ما إذا كان في درجتهن أو أسفل منهن، وصرّح بذلك أبو البركات، وقال في المغنى في الأولى: إذا كان معهن أو أنزل منهن، وقال في الثانية: إذا كان معهن في درجتهن وظاهره أن من أنزل منهن أنه لا يعصبهن.

(قال): والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم، إذا لم يكن أخوات لأب وأم فإن كان أخوات لأب وأم وأخوات لأب، فلأخوات الأب

والأم الثلثان، وليس لأخوات الأب شيء، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين.

(ش): فرض الأخت من الأب والأم النصف، وفرض الأختين فصاعدًا الثلثان، لقوله تعالي: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ﴾ الآية، وعن جابر قال قلت يا رسول الله: كيف أصنع في مالي، ولي أخوات؟ فنزلت آية الميراث ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ﴾ رواه أبو داود[1]، ويروي: أنه كان له سبع أخوات، والأخوات بمنزلة الأخوات من الأب والأم لدخولهن في الآية الكريمة، لكن بشرط عدم الأخوات لأب وأم، فالأخوات لأب يسقطن بالأخوات للأبوين، وقد تقدّم ذلك.

ويتفرّع على هذا إذا كان له أخوات لأب وأم، وأخوات لأب، قال: فإن لأخوات الأب والأم الثلثين، فتسقط الأخوات للأب، ويستثنى من ذلك صورة واحدة، وهو ما إذا كان مع الأخوات للأب ذكر، فإنه يعصبهن، للذكر مثل حظ الأنثيين، لعموم قوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً﴾ الآية[2].

(قال): فإن كانت أخت واحدة، لأب وأم، وأخوات لأب، فللأخت للأب والأم النصف وللأخوات للأب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس، تكملة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن، فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين.

(ش): أما كون النصف للأخت من الأبوين فبنص الكتاب، وقدّمت على الأخوات للأب لكونها أقوى منهن، وأما كون باقي الثلثين للأخوات للأب، فلأن فرض الأخوات، الثلثان، وقد أخذت الأخت للأبوين النصف،

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب في الكلالة: ٢/ ١٠٧-١٠٨.

(٢) الآية رقم ١٧٦ من سورة النساء.

فيكون الباقي وهو: السدس للأخوات للأب، إلا أن يكون معهن والحال هذه ذكر، فيعصبهن، فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين.

وشرط بعضهم هنا وفي التي قبلها أن يكون أخوهن، فلا يعصبهن ابنه بخلاف بنات الابن كما تقدم، لأن ابن الأخ ليس بأخ وابن الابن ابن.

(قال): وللأم إذا لم يكن إلا أخ واحد أو أخت واحدة إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن الثلث، فإن كان ولد أو أخوات أو أختان فليس لها إلا السدس[1].

(ش): ذكر الخرقي - رحمه الله- هنا للأم حالتان.

إحداهما: الثلث وهي مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الأخوة والأخوات لقوله تعالى ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾[2] فجعل لها الثلث مع عدم الولد، وهو شامل للأولاد وولد الابن ولم ينقلها إلى السدس، إلا مع وجود الأخت. والأخ ليس بأخوة.

الحال الثاني: لها السدس وهو مع وجود الولد ذكرًا كان أو أنثى، أو اثنتين من الأخوة والأخوات لقوله تعالي ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾[3] وأنما صرفت عن ظاهره، ولم يعتبر في حجبها ثلاثة أخوة لما يروى عن ابن عباس أنه قال لعثمان: ليس الأخوان أخوة في لسان قومك، فلم تحجب بهما الأم فقال: لا أستطيع أن أرد شيئًا كان قبلي ومضى في البلدان وتواترت الناس به وهذا من عثمان يدل على أن الذي منعه من إعمال ظاهر الآية، الإجماع السابق، ثم أن هذا

---

(١) في نسخة «ب» تقديم وتأخير وتغيير بعض العبارات في نص الخرقي والتصحيح من مختصر الخرقي.

(٢) الآية رقم ١١ من سورة النساء.

(٣) الآية رقم ١١ من سورة النساء.

عرف القرآن في الأخوة قال تعالي ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾(١) وهذا ثابت في الاثنين فصاعدًا بلا نزاع.

وبقي للأم حالة ثالثة يأتي بيانها إن شاء الله تعالي، والله أعلم.

(قال): وليس للأب مع الولد الذكر أو ولد الابن إلا السدس.

(ش): هذا إجماع كما تقدم. قال تعالى ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ﴾(٢) كما تقدم، ثم يشمل الولد وولد الولد.

(قال): فإن كن بنات كان له ما فضل.

(ش): أي فإن كن الأولاد بنات، كان له ما فضل، يعني بعد فرض السدس لأن الأب والحال هذه يرث بالفرض السدس لقول الله تعالى ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ﴾ والولد يشمل الذكر والأنثى وما بقي بد أخذ ذوي الفرض فرضه يأخذ بالتعصيب، لقوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»(٣).

وإلا فلو حمل كلام الخرقي على إطلاقه، إقتضى أن يسقط فيما إذا كان معنا بنتان وزوج وأبوان فإن البنتين إذًا لهما الثلثان، والزوج الربع، وللأم السدس ولا يفضل للأب شيء، وليس كذلك، بل له السدس، فأصل المسئلة من أثني عشر، وتعول إلى خمسة عشر وإذًا يبقى له حال ثالث، وهو: إذا لم يوجد ولدًا أصلاً، فإنه يأخذ الفاضل بالتعصيب ليس إلا، للحديث والله أعلم.

---

(١) الآية رقم ١٧٦ من سورة النساء.

(٢) الآية رقم ١١ من سورة النساء.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الفرائض، ٤/ ٧١.

(قال): وللزوج النصف، إذا لم يكن ولد، فإن كان لها ولد أو ولد ابن فله الربع.

(ش): هذا مما لا خلاف فيه والحمد لله، وقد شهد له قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[1] الآية، وهو شامل للولد ذكرًا كان أو أنثى، ولولدها، ولولد ابنها، والله أعلم.

(قال): وللمرأة الربع، واحدة كانت أو أربعًا، إذا لم يكن ولد، فإن كان له ولد أو ولد إبن فلهن الثمن.

(ش): هذا أيضًا إجماع، لقوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾[2] الآية. وهو أيضًا شامل للولد ذكرًا كان أو أنثى، ولولدها وولد الابن، والله أعلم.

(قال) وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم، وابن الأخ وَإن سفل، إذا كان لأب أولى من [ابن] العم وابن العم للأب أولى من ابن ابن العم للأب والأم، وابن العم وأن سفل أولى من عم الأب.

(ش): هذا إشارة إلى ميراث العصبة، وتنبيه بذكر حكم بعضهم على البقية والعصبة قد تقدم بيانهم، وحكمهم، والكلام الآن على أولاهم بالميراث، وأولاهم أقربهم إلى الميت، ويسقط به من بعد لما تقدم، من قوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر». متفق عليه[3]، وأقربهم الابن ثم ابنه، وإن سفل، ثم الأب ثم أبوه وإن علا، ثم بنو الأب، وهم: الأخوة

---

(١) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(٢) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(٣) سبب تخريجه.

للأبوين، أو للأب يقدم الأخ للأبوين، على الأخ للأب وإن كانوا في درجة واحدة لقوة قرابتهم بالأم، ثم بنوهم، إن سفلوا الأقرب منهم فالأقرب على ما تقدم فيقدم ابن الأخ للأب والأم على ابن الأخ للأب وابن الأخ للأب على ابن ابن الأخ للأب والأم لأنّ ابن الأخ للأب أعلا درجة من ابن ابن الأخ للأبوين، ثم على هذا أبدًا، ثم بعد بني الأخوة العم وابنه وّإن سفل على ما تقدم أن استوت درجتهم، قدم من هو للأبوين، وَإن اختلفت قدم الأعلى وَإن كان لأب، ثم عم الأب ثم بنوه، ثم عم الجد، ثم بنوه، على ما تقدم.

(قال): وإذا كان زوج وأبوان أعطي الزوج النصف، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي فللأب، وَإن كانت زوجة وأبوان، أعطيت الزوجة الربع، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي فللأب.

(ش): هاتان المسئلتان تسميان العمريتين لأنّ عمر، قضى فيهما بذلك، وتبعه على ذلك عثمان، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، ويروى ذلك عن عليّ -ﷺ-

واعتمد أحمد – رحمه الله-، وعامة العلماء على ذلك، اتباعًا لسنّة الخلفاء الراشدين المأمور باتباعهم -رضى الله عنهم-

(قال): وَإذا كان زوج وأم وأخوة لأم، وأخوة لأب وأم، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوة من الأم الثلث، وسقط الأخوة من الأب والأم وهذه المسئلة تسمى الحمارية.

(ش): لا نزاع في أن للزوج النصف، وللأم السدس، واختلف في الثلث الباقي هل هو للأخوة من الأم، وتسقط الأخوة من الأبوين، أو يشرك فيه بين الجميع، والمشهور والمعروف من مذهبنا، هو الأول، وهو مروي عن عليّ، وابن مسعود، وابن عباس وأبي موسى الأشعري وأبيّ بن كعب- ﷺ-، لأن الأخوة

من الأم أصحاب فرض، بدليل قوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً﴾[1] الآية، والإجماع على أن المراد بالأخوة هنا، الأخوة من الأم، والقاعدة أنه يبدأ بصاحب الفرض فإن استوعب المال، سقط العاصب بدليل قول النبي ﷺ: «أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِها فَما بَقِي فَهْوَ لأَوْلَى رَجُل ذَكَر»[2].

وأيضًا فإن ظاهر قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾[3] يقتضي أن الأخوة من الأم مشتركون أيضًا في جميع الثلث، ومن شرك بين الجميع، أنقصهم ولم يعمل بظاهر قوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾.

وعن أحمد أنه ليشرك بين الجميع، وهو مرويّ عن عمر، وعثمان، وزيد ابن ثابت –رضي الله عنهم– لأنهم يتساووا وولد الأم من القرابة، التي يرثون بها لأنهم جميعًا من ولد الأم فيجب أن يساووهم في الميراث، وقرابة الأب إن لم تزدهم قربًا لم تزدهم بعدًا، ولهذا قال بعض الصحابة، أو بعض ولد الأبوين لعمر –رضي الله عنه– وقد أسقطهم هب أن أباهم كان حمارًا، فما زادهم ذلك إلا قربًا، فشرك بينهم وبهذا سميت هذه المسئلة [......][4] والحمارية، والله أعلم.

(قال): وإن كان زوج وأم وأخوة وأخوات لأم، وأخت لأب، وأم وأخوات لأب فللزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة وللأخوات من الأم الثلث، بينهم بالسوية، وللأخت من الأب والأم النصف وللأخوات من الأب السدس.

---

(1) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(2) سبق تخريجه.

(3) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

(4) فراغ مقدار كلمة واحدة.

(ش): أما كون للزوج النصف فلما تقدم من الآية الكريمة إذ ليس في المسألة ولد، وأما كون الأم لها السدس فلقوله سبحانه وتعالى ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾(١) وأما كون الأخوة والأخوات من الأم لهم الثلث بينهم بالسوية، فلما تقدم من قوله ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾(٢) وأما كون الأخت من الأبوين لها النصف فلقوله سبحانه ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾(٣) وأما كون الأخوات من الأب لهن السدس فلأنهن مع الأخت بمنزلة بنات الابن، مع البنت، وقد تقدم وإنما أراد الخرقي والله أعلم. بذكره هذه المسئلة بيان دخول العول في الفرائض ومعنى العول أن تزيد الفروض على المال كهذه المسئلة، فإن فيها نصفًا ونصفًا ثلثًا وسدسًا وسدسًا فيدخل النقص على الجميع، ويقسم المال بينهم، على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم وأصل هذه المسئلة من ستة وتعول إلى عشرة، وليس في الفرائض مسئلة تعول بثلها سواها، ولهذا لقبت بذات الفروخ تشبيهًا للأصل بأم وعولها بفروخها وتسمى أيضاً ذات الفروج –بالجيم– لكثرة الفروج فيها، والله أعلم.

(قال): وإذا كان أبناء عمّ أحدهما أخ لأم فللأخ من الأم السدس، وما بقي بينهما نصفين.

(ش): لأن الأخ من الأم له السدس، إذا لم يكن ابن عم، فكذلك إذا كان ابن عم اعتمادًا على الأصل، وإذا أخذ السدس كان الباقي بينهم بالسوية، لاستوائهما في التعصيب، والله أعلم.

---

(١) الآية رقم ١١ من سورة النساء.
(٢) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.
(٣) الآية رقم ١٧٦ من سورة النساء.

﴿باب أصول سهام الفرائض التي تعول﴾

(ش): معنى أصول سهام الفرائض المخارج التي تخرج فروضها، وقد تقدم معنى العول، وعكسه الرد، وهو أن يفضل المال على الفروض والعدل تساوي المال والفروض.

(قال): وما فيه نصف وسدس، أو نصف وثلث، أو نصف وثلثان، فأصله من ستة وتعول إلى سبعة، وإلى ثمانية وإلى تسعة، وإلى عشرة، ولا تعول إلى أكثر من ذلك.

(ش): والذي فيه من المسائل نصف وسدس، إلى آخره، وإنما كان أصل ذلك من ستة لأن مخرج السدس من ستة، ومخرج النصف من اثنين وهما داخلان في الستة ومخرج الثلث والثلثان من ثلاثة، ومخرج النصف من اثنين وإذا ضربت اثنين في ثلاثة تبلغ ستة وأمثلة ذلك بنت وأم وعم أصلها من ستة ومنها تصح للبنت النصف والأم السدس، والباقي للعم.

زوج وأم وأخ من ستة أيضًا ومنها تصح للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للأخ.

زوج وأختان، من أبوين أو من أب أو أحدهما من الأبوين والآخر من أب من ستة وتعول إلى ثمانية.

زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات تعول إلى تسعة عول عشرة، أم الفروخ وقد تقدمت.

وطريق العول في العول أن تأخذ الفروض من أصل المسألة وتضم بعضه إلى بعض، فما بلغت السهام فإليه انتهت المسألة، فنقول في زوج وأخت وأم أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأخت كذلك وللأم الثلث أثنان المجموع ثمانية.

(قال): وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث، أو ربع وثلثان، فأصلها من اثني عشر وتعول، إلى ثلاثة عشر، وإلى خمسة عشر، وإلى سبعة عشر ولا تعول إلى أكثر من ذلك.

(ش): إنما كان أصل ذلك من أثني عشر، لأن مخرج الربع من أربعة، ومخرج السدس من ستة، وبينهما موافقة بالإنصاف فإذًا تضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، فيبلغ اثني عشر، وكذلك تضرب الربع في مخرج الثلث والثلثين، وهو ثلاثة لعدم الموافقة بينهما، تصير اثني عشر مثال ذلك: زوج وأبوان وخمس بنين للزوج، الربع وللأبوين السدسان، والباقي للبنين وهو خمسة أسهم لكل ابن سهم.

امرأة وأختان لأبوين أو لأب وعصبة، أمثلة عول ذلك: زوج وابنتان وأم، أصلها من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر.

زوج وأبوان وابنتان تعول إلى خمسة عشر ثلاث نسوة، وجدّتان وأربع أخوات لأم وثمان لأب تعول إلى سبعة عشر ولا يعول هذا الأصل إلى أكثر من ذلك، والله أعلم.

(قال): وما فيه ثمن وسدس، أو ثمن وسدسان، أو ثمن وثلثان، فأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين ولا تعول إلى أكثر من ذلك.

(ش): لأن مخرج الثمن من ثمانية ومخرج السدس من ستة، وبينهما موافقة بالإنصاف، فإذا ضربت أحدهما في وفق الأخر انتهى إلى أربعة وعشرين وكذلك إذا ضربت مخرج الثمن في مخرج الثلثين وهو ثلاثة بلغ أربعة وعشرين، ولم يقل ثلث ثمن لعدم اجتماعهما، إذًا الثمن لا يكون إلا للزوجة مع الولد وإذًا يبقى الثلث إذ هو فرض الأخوة من الأم والولد يسقطهم وفرض الأم والولد يحجبها عنه إلى السدس ومثال المسألة: امرأة وأبوان وابن: للمرأة: الثمن وللأبوين السدسان، والباقي هو ثلاثة عشر سهمًا للابن.

امرأة وابنتان وأم وعصبة: للمرأة الثمن، وللبنتين الثلثان، وللأم السدس والباقي وهو سهم للعصبة.

مثال عولها: امرأة وأبوان وابنتان، تعول إلى سبعة وعشرين، ولا تعول إلى أكثر من ذلك، ولهذا سميت البخيلة لأنها أقل الأصول عولاً، وتسمى المنبرية لأن عليًا سُئل عنها وهو على المنبر فقال: غدا ثمنها تسعًا ومضى في خطبته يعني أن المرأة كان لها الثمن، ثلاثة من أربعة وعشرين، وصار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع، والله أعلم.

(قال): ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم، إلا الزوج والزوجة.

(ش): قد تقدم معنى الرد وهو: أن يفضل المال على الفروض وهو لم يخلف الميت إلا بنات وجدات ونحو ذلك ولا نزاع بين أهل العلم أنه لا يرد على الزوج والزوجة إلا ما روي عن عثمان -ﷺ- أنه رد على الزوج، وأول أنه كان عصبة أو ذا رحم إذ العمل في الرد قوله تعالي: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾[1] الآية والزوجة ليست سببها ذا رحم.

واختلف هل يرد على غيرهما من ذوي الفروض؟ ومشهور مذهبنا الذي عليه الأصحاب القول بالرد للآية الكريمة إذ هؤلاء من ذوي الأرحام فيكونون أولى من غيرهم بنص الكتاب، وفي الصحيح أن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته ومن كلا فَإِلَيّ»[2]، وهو عامّ في جميع المال.

---

(١) الآية رقم ٧٥ من سورة الأنفال، ورقم ٦ من سورة الأحزاب.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الفرائض، باب ذوي الأرحام، ٢/ ٩١٤-٩١٥ حديث رقم ٢٧٣٨، والدارقطني في سننه، كتاب الفرائض: ٤/ ٨٥-٨٦، ومسند الإمام أحمد: ٢/ ٢٩٠، ٤٥٦، ٣/ ٢٩٦، ٤/ ١٣٣.

وعن أحمد لا رد مطلقًا، والفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال وقد تقدم نص على ذلك والإشارة إلى دليله فيما إذا أوصى بجميع ماله.

ونقل عنه ابن منصور: لا يرد على ولد الأم مع الأم، ولا على الجد مع ذي سهم، ولعله تبع في ذلك اثرًا والله أعلم.

(قال): وَإن كانت أخت لأب وأم، وأخت لأب، وأخت لأم، فللأخت للأب والأم النصف، وللأخت للأب السدس، وللأخت للأم السدس، وما بقي رد عليهن على قدر سهامهن، فصار المال بينهن على خمسة أسهم، للأخت من الأب والأم ثلاثة أخماس المال، وللأخت من الأب الخمس، والأخت من الأم الخمس.

(ش): هذا مثال للرد وهو واضح وطريق العمل فيه أنك تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم وهي إذًا تخرج من ستة، إذ ليس في الفروض مالاً يخرج منها إلا الربع، والثمن وليسا لغير الزوجين، وليسا من أهل الرد، ثم تجعل عدد سهامهم أصل مسألتهم، كما صارت السهام في المسألة العائلة، وهي المسألة التي تضرب العدد الذي انكسرت عليه سهامه، وكذلك هنا إذا أنكسر على فريق منهم، ضربته في عدد سهامهم، لأن ذلك صار أصل مسألتهم، ومن أمثلة المسألة: جدة وأخ من أم لكل واحد منهما السدس، أصلها اثنان، تصير ستة، للأخ من الأم ثلاثة، ولكل جدة سهم، وفي مثال الخرقي لو كانت الأخوات من الأب أربعًا فإنك تضرب سهمهن في أصل مسألتهن، وهو خمسة

تصير عشرين للأخت للأب والأم ثلاثة أخماسها اثني عشر، وللأخت من الأب الخمس أربعة، وللأخت من الأم كذلك، لكل واحدة سهم[1].

بنت وأربع بنات ابن، وثلاث جدات، أيضًا من خمسة، وتصح من ستين، إذ سهم الجدات لا ينقسم عليهن، وكذلك سهام بنات الابن الرؤوس متباينة فإذا ضربت عدد أحدهما في الآخر كان اثني عشر ثم اضرب ذلك في خمسة بلغ ستين والله أعلم.

(١) للأخ لأم السدس، وللجدات الثلاث السدس، ثم يرد عليهم الباقي، وهو أربعة بنسبة سهامهم فيصير للأخ لأم ثلاثة سهام، وللجدات ثلاثة سهام لكل واحدة سهم واحد.

﴿كتــاب الجــدّات﴾

(قال): وللجدّة إذا لم تكن أم: السدس.

(ش): ترث الجدة السدس بالإجماع، وقد شهد له ما روى قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر، فسألته ميراثها، فقال: مالك في كتاب الله، وما علمت لك في سنّة رسول الله ﷺ، فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ، أعطاها السدس، فقال هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الأنصاري، فقال مثل ما قال المغيرة بن شعبة، فأنفذه لها أبو بكر ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب فسألته ميراثها فقال مالكِ في كتاب الله شيء ولكن هو ذاك السدس، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الترمذي[1]، وتحجبها الأم من أي جهة كانت، لما اقتضاه كلام الخرقي، وهو إجماع أيضًا. لما روى بريدة -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس، إذا لم يكن دونها أم، رواه أبو داود[2]. والله أعلم.

(قال): وكذلك إن كثرن لم يزدن على السدس فرضًا.

---

(١) أخرجه الترمذي في صحيحه، أبواب الفرائض، باب من جاء في ميراث الجدة، ٣٥٢٨-٢٥٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب في الجدة: ١١٠٢.

(ش): الجميع من الجدات لهن السدس كما للواحدة، لما تقدم عن عمر، وعن أبي بكر نحوه. وروى سعيد: حدثنا سليمان وهشام عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن سعيد قال جاءت الجدة إلى أبي بكر فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب فقال له عبد الرحمن بن سهل بن حارثة وقد كان شهد بدرًا يا خليفة رسول الله ﷺ أعطيت التي إن ماتت لم يرثها، ومنعت التي إن ماتت ورثها، فجعل أبو بكر السدس بينهما، ومع أن هذا قد حكى إجماعًا أيضًا.

وقول الخرقي لم يزدن على السدس فرضًا يحترز به مما تقدم له في الرد فإنهن يأخذن، في الرد زيادة على السدس، والله أعلم.

(قال): وَإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن.

(ش): أما إذا كن من جهة واحدة كما إذا كانت أحداهن أم الآخر فبالأجماع أن الميراث للقربى، وتسقط البعدى وأما إن كانا من جهتين، والقربى من جهة الأم، فبالاتفاق أيضًا عندنا أن الميراث لها دون البعدى لأن الأقرب يحجب الأبعد، دليله الآباء والأبناء، أما إن كانت القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم، فيه روايتان:

إحداهما: هو ظاهر كلام الخرقي ونصّه أبو محمد لحجبها لما تقدم.

الثانية: وبها قطع القاضي في خلافه وصححها ابن عقيل في تذكرته، وهي المنصوصة عنه، حتى إن القاضي في روايتيه، لم يذكر الرواية الأولى، إلا عن الخرقي، ولم يستشهد لها، بنصّ لأن الأب الذي تدلى به الجدة لا يحجب الجدة، من قبل الأم، فالتي تدلى به أن لا يحجبها وبهذا فارقت القربى من قبل الأم، فإنها تدلى بالأم، وهي تحجب جميع الجدات، ومثال أم أم، وأم أم أب، المال للأولى، بلا نزاع عندنا.

أم أب، وأم أم أم، المال للأولى، على قول الخرقي، ولها على المنصوص، والله أعلم.

(قال): والجدة ترث وابنها حيّ.

(ش): هذا أحد الروايتين عن أحمد، واختيار الخرقي، والقاضي، وابن عقيل وغيرهم لما روي عن ابن مسعود -ﷺ- أنه قال: «أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ، السدس أم أب، مع ابنها، وابنها حيّ»، رواه الترمذي[1]، ولأنّ الجدات أمهات، يرثن ميراث الأم إلاّ ميراث الأب فلا يحجبن به أمهات الأم.

والرواية الثانية: لا ترث مع حياته بل يحجبها وهو قول زيد لأنها تدلى به فلا ترث معه، كأم الأم مع الأم.

ومحل الخلاف: إذا كان الابن للميت أوجده، أما لو كان عمًّا للميت، فإنه لا يحجبها رواية واحدة، بل قال ابن عقيل بالأجماع. ومثال المسئلة: أم أب وأب فعلى الأولى لها السدس والباقي، وعلى الثانية الكل له أم أب وأم أم وأب فعلى الأولى السدس بينهما، وعلى الثانية لأم الأم، على الصحيح، قيل بل نصفه والباقي للأب. والله أعلم.

(قال): والجدات المتحاذيان أن تكون أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وإن كثرن فعلى ذلك.

(ش): لما تقدم له -رحمه الله-، أن الجدات يرثن السدس، وَإن كثرن، وأنّ القربى تسقط البعدى أراد أن يبيّن الجدات، المتحاذيات: أي المتساويات في

(١) أخرجه الترمذي في صحيحه، أبواب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة مع ابنها: ٢٥٤٨.

الدرجة، وإلا مع عدم التساوي ترث القربى دون البعدى، والجدات المتحاذيات، كما ذكره الخرقي، لأن الجميع استووا، في أن بينهم وبين الميت درجتين، ولا يتصور التحاذي في الثلاث، إلا على ما ذكر فأما في الأربع فأم أم أم أم وأم أم أم أب- أبي أب.

وقول الخرقي: وَإن كثرن، فعلى ذلك يحتمل أن يريد أن يرث، أكثر من ثلاث جدات، مع تحاذيهن فعلى هذا، يرث في الدرجة الخامسة خمس: أم أم أم أم وأم أم أم أب وأم أم أم أبي أب وأم أبى أبى أب وأم أبى أبى أبى أب، وفي السادسة ست وعلى هذا الترتيب ويحتمل هذا أيضًا إطلاق الخرقي، المتقدم في قوله، وكذلك إن كثرن لم يزدن على الثلاث وأظنه رواية محكية وذلك لأن الزائدة على الثلاث، جدة أدلت بوارث، فوجب أن ترث كإحدى الثلاث.

والمعروف المشهور في قول أحمد ومذهبه، أنه لا يرث أكثر من ثلاث جدات، وهن اللائي ذكرهن الخرقي: أم الأم وَإن علت درجتها، وأم الأب وَإن علت درجتها، وأم الجد وأمهاتها، ولا ترث أم ابي الأم بالإجماع، لأدلاها بغير وارث، ولا أم أبى الجد عندنا.

والأصل في حصر الإرث في الثلاث السابقات ما روي عن عبد الرحمن ابن يزيد قال: أعطى رسول الله ﷺ ثلاث جدات السدس، اثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم، رواه الدارقطني مرسلاً[1]، والأصل عدم توريث ما زاد على ذلك ما لم يقم عليه دليل، وقد روى سعيد عن إبراهيم قال: كانوا يورثون من الجدات ثلاثًا اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم، والله أعلم.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الفرائض: ٤/ ٩٠.

﴿باب من يرث من الرجال والنساء﴾

(قال): ويرث من الرجال عشرة: الابن، ثم ابن الابن، وَإن سفل والأب، ثم الجد وإن علا، والأخ ثم ابن الاخ والعم، ثم ابن العم، والزوج، ومولى النعمة.

ومن النساء سبع: البنت، وبنت الابن، والأم والجدة، والأخت والزوجة ومولاة النعمة.

(ش): هؤلاء مجمع على توريثهم، وقد شهد لهم، الكتاب، والسنّة فالابن في قوله ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾(1) وابنه ولد فيدخل في ذلك، والأب في قوله ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾(2) والجد يدخل في ذلك أيضًا، والأخ من الأم في قوله ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾(3) والأخ للأبوين أو لأب في قوله ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾(4) وابن الأخ، والعم وابنه، في قوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فهي لأولى رجل ذكره»(5)، وشرط ابن الأخ والعم وابنه، أن لا يكونوا من الأم، لأنهم إذًا ليسوا بعصبة، والزوج في قوله تعالي ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾(6) الآية، ومولى النعمة في قوله ﷺ(7) «الولاء لمن أعتق» والبنت وبنت الابن والأم والأخت، والزوجة ومولاة النعمة، فيما تقدم من الكتاب والسنّة، والجدة فلأن النبي ﷺ أعطاها السدس، والله أعلم.

---

(1) سورة النساء: الآية 11.
(2) سورة النساء: الآية 11.
(3) سورة النساء: الآية 12.
(4) سورة النسا: الآية 176.
(5) سبق تخريجه.
(6) سورة النساء: الآية 12.
(7) أخرجه البخاري في الصلاة (70)، والفرائض (19، 20)، وابن ماجه في كتاب العتق (3) ومسند الإمام أحمد: 2811، 2812، 336.

﴿باب ميراث الجد﴾

(قال): ومذهب أبي عبد الله -رحمه الله- في الجد قول زيد بن ثابت.

(ش): يعني في توريث الأخوة مع الجد فهو المذهب المشهور المعروف عند عامة الأصحاب، وهو قول عليّ وابن مسعود، وزيد بن ثابت -رضي الله عنهم-، في أن توريث الأخوة، بنصّ الكتاب فلا يمنعون إلا بنصّ، أو إجماع أو قياس، ولم يرد شيئًا من ذلك ولأن الأخوة والجدود في درجة واحدة، إذ الجد أبون الأب والأخ ابنه، وقرابة البنوّة لا تنقص عن قرابة الأبوّة بل تعصيب البنوّة. ولهذا مثّله زيد -ﷺ- بوادٍ خرج منه نهر تفرّق منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب، منه إلى الوالد ونحو ذلك، عن عليّ -ﷺ-.

وعن أحمد رواية أخرى، اختارها أبو حفص أظنّه البرمكي، أن الجد يسقط الأخوّة كما يسقطهم الأب، وهو مذهب أبي بكر الصديق -ﷺ- ويروى عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ منهم، عثمان، وعائشة وعبد الله بن الزبير، وعبد الله بن عباس -رضي الله عنهم-، لأنه والد بدليل قوله تعالى ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ﴾[1] وقال عليه السلام: «ارموا بني اسماعيل فإنّ أباكم كان راميًا»[2]، والوالد لا ترث الأخوة معه شيء قال تعالي ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾[3] والكلالة من لا ولد له ولا والد،

(١) سورة يوسف: آية ٣٨.

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد (٧٨)، والأنبياء (١٢)، وابن ماجه، في كتاب الجهاد، باب رقم (١٩)، ومسند الإمام أحمد: ١٠٤٦٢، ٥٠٢٤.

(٣) سورة النساء: آية ١٧٦.

ولهذا قال ابن عباس: ألا يتّق الله زيد يجعل ابن الابن ابنًا ولا يجعل أبا الأب أبًا ولأن رسول الله ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»[1] الجد أولى من الأخ لأنه له إيلادًا ولو ازدحمت الفروض سقط الأخ دونه، ولأنه كالأب في كونه، لا يقتل لو بابن ابنه، ولا يحدّ بقذفه، ولا يقطع بسرقة ماله، ويجدب عليه نفقته، ويمنع من دفعه، زكاته إليه فكذلك هنا، ثم نقول لاشك أنّ أمر الجد قد اشتبه على أكابر الصحابة وقد روى الإمام أحمد أنّ عمر سأل عن فريضة رسول الله ﷺ في الجد فقال معقل بن يسار المزني: قضى فيها رسول الله ﷺ، قال: ماذا؟ قال: السدس، قال: مع من؟ قال: لا أدري، قال: لا دريت فما تعني إذًا؟ وإذا اشتبه الأمر كان المرجع إلى أكثر الصحابة وأقدمهم وأعلمهم أولى ولا تفريع على هذا القول.

أما على الأول فاختلف في كيفية توريثهم معه، ومذهبنا في ذلك بلا نزاع، مذهب زيد -رضي الله عنه- كما يذكر الخرقي، وإنما أعتمد أحمد، على قول زيد، لما روى أنس -رضي الله عنه-، قال: قال رسول الله ﷺ: أرحم أمّتي بأمّتي أبو بكر، وأشدّها في دين الله عمر، وأصدقها حبًا عثمان، وأعلمها بالحلال والحرام، معاذ بن جبل، وأقرأها لكتاب الله عز وجل أبي، وأعلمها بالفرائض زيد بن ثابت، ولكل أمّة أمين، وأمين هذه الأمّة أبو عبيدة ابن الجراح. رواه أحمد، والنسائي والترمذي وصحّحه وابن ماجه، والحاكم وقال إنه شرط الشيخين[2].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ٣/ ٢٨١، وابن ماجه في سننه، المقدمة باب فضائل أصحاب النبي ﷺ: ١/ ٥٥.

وقال كثير من أهل العلم بالحديث، إنّ الصحيح أنه مرسل عن أبي قلابة، عن النبي ﷺ، قاله الدارقطني والخطيب، وقال ابن عبد البر إن أكثر الرواة على هذا، واتفق الكل عن، أنّ المسند منه لكل أمّة أمين وأمين هذه الأمّة أبو عبيدة بن الجراح، وكذلك أخرجه الشيخان دون بقية الحديث، وقد روى هذا الحديث من رواية جابر أخرجه الطبراني، ومن رواية أبي سعيد الخدري رواه قاسم بن أصبغ ومن رواية ابن عمر، أخرجه أبو يعلى الموصلي، لكن في أسانيدها كلام وأقربها وأحسنها حديث أنس، ومنها أن كان مرسلاً يتقوى ويصير حجّة عند العامة والله أعلم.

(قال): وَإذا كان أخوة وأخوات وجد قاسمهم الجد بمنزلة أخ حتى يكون الثلث خيرًا له فإن [كانٍ] [1] الثلث خيرًا له أعطي ثلث جميع المال.

(ش): الكلام في الأخوة والأخوات للأبوين أو الأب، أما الأم ذي فرض، فإن للجد الأحظ من شيئين المقاسمة، كأخ أو ثلث جميع المال، ومع أخ وأختين المقاسمة. أحظ له، ومع ثلاثة أخوة أو ست أخوات الثلث أحظ له، ومع أخوين أو أربع أخوات يستوي الأمران. والله أعلم.

(قال): وإن كان مع الجد والأخوة أصحاب فرائض، أعطى أصحاب الفرائض فرائضهم ثم ينظر فيما بقي منها، فإن كانت المقاسمة خيرًا للجد من ثلث ما بقي، ومن سدس جميع المال، أعطي المقاسمة، وإن كان ثلث ما بقي خيرًا له من المقاسمة ومن سدس جميع المال أعطي ثلث ما بقي، وإن كان سدس جميع المال أحظ له من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال.

(١) وضعت لاستقامة المعنى.

(ش): إذا كان مع الجد والأخوة ذوا فرض فللجد بعد أخذ ذي الفرض فرضه الأحظ، من ثلاثة أشياء: المقاسمة كأخ كما لو لم يكن ذوا فرض، أو ثلث ما بقي كما مع عدم ذي الفرض إذ ما ذهب بالفرض كأنه ذهب من المال فثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال، أو سدس جميع المال لأن غاية الأخوة أن يكونوا بمنزلة الولد، وهو لا ينقص عن السدس مع الولد.

فعلى هذا متى زادت الفروض على النصف، فلاحظ له في ثلث الباقي، وإن نقصت عن النصف فلاحظ له في سدس جميع المال، ثم تارة تكون المقاسمة خيرًا له، كما إذا اجتمع والحال هذه مع أخ، وتارة يكون ثلث الباقي خيرًا له، كما إذا كانت الأخوة ثلاثة والله أعلم.

(قال): ولا ينقص الجد أبدًا من سدس جميع المال أو تسميته إذا زادت السهام.

(ش):قد قدمت الإشارة إلى أن الجد لا ينقص عن السدس، لأنه لا ينقص عن السدس مع، البنين، فمع الأخوة أولى، وعن عمران بن حصين، أن رجلاً أتى النبي ﷺ عليه فقال: إنّ ابن ابني مات، فما لي من ميراثه؟ قال: لك السدس، فلما أدبر دعاه قال: لك سدس آخر فلما أدبر دعاه فقال إن السدس [الآخر] طعمة رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه(1).

وقوله أو تسميته إذا زادت السهام، يعني إذا كانت المسئلة عائلة فإنه يسمى له السدس وإن نقص عن سدس جميع المال مثاله زوج وأم وابنتين وجد للزوج الربع وللأم السدس وللابنين الثلثان وللجد السدس، أصل المسئلة من اثني عشر، وتعول إلى خمسة عشر للجد منها سهمان، وهما ثلث الخمس وهما أربعة أخماس ما يحصل له إذ الخمسة عشر إذا قسمت على اثني عشر حظ كل

---

(1) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ٤/ ٤٢٨، وأبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجد: ٢/ ١١٠، والدارقطني في سننه، كتاب الفرائض: ٤/ ٨٤.

سهم واحد وربع، والسهمان من اثني عشر سهمًا ونصف، من خمسة عشر وقد حصل له سهمان فنقص عليه الخمس.

(قال): وإذا كان أخ لأب وأم وأخ لأب وجد، قاسم الجد الأخ للأب والأم والأخ للأب على ثلاثة أسهم ثم رجع الأخ للأب والأم على ما في يد الأخ للأب فأخذه.

)ش): هذه قاعدة في الجد، وهو إذا كان معه ولد أبوين، وولد أب فإن ولد الأَبوين يعادون الجد بولد الأب، ثم ما حصل لولد الأب أنفذه سهم ولد الأبوين، ففي الصورة التي ذكرها الخرقي تستوي له المقاسمة، وثلث جميع المال، فيكون المال بينهم على ثلاثة أسهم، للجد سهم ولكل أخ سهم، ثم يرجع الأخ للأبوين على الأخ من الأب فيأخذ ما في يده، إذ لا ميراث لولد الأب مع ولد الأبوين.

(قال): وإذا كان أخ وأخت لأب وأم، أو لأب وجد، كان المال بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم، للجد سهمان، وللأخ سهمان وللأخت سهم.

(ش): المقاسمة هنا أحظ للجد من الثلث فتعين.

(قال): وإذا كانت أخت لأبوين، وأخت لأب وجد، كانت الفريضة بين الجد والأختين، على أربعة أسهم للجد سهمان ولكل أخت سهم، ثم رجعت الأخت للأب والأم على ما في يد الأخت للأب، فأخذت ما في يدها لتستكمل النصف.

(ش): قد تقدم أصل هذا، وَإن المقاسمة إذا كانت أحظ للجد أخذها، وأن ولد الأبوين يعادون الجد بولد الأب، ثم يأخذوا منهم ما حصل لهم، فتأخذ الأخت للأبوين ما في يد الأخت للأب، ليكمل لها النصف، لان الأخت للأب لا تأخذ شيئًا، إلا إذا اخذت للأبوين النصف.

(قال): فإن كان مع التي من قبل الأب أخوها، كان المال بين الجد والأخ والأختين، على ستة أسهم، للجد سهمان، وللأخ سهمان، ولكل أخت سهم، ثم رجعت الأخت من الأب والأم على الأخ والأخت من الأب، فأخذت ما في أيديهما لتستكمل النصف فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهمًا، للجد ستة أسهم، وللأخت للأب والأم تسعة أسهم، وللأخ سهمان، وللأخت سهم.

(ش): المقاسمة هنا، والثلث شيئان، فيكون كما ذكر الخرقي - رحمة الله تعالى - ، ثم تأخذ الأخت تمام النصف، وهذه القاعدة فيها، وهو أن ولد الأبوين يأخذ ما في يد ولد الأب، إلا أن يكون ولد الأبوين أختًا، فتأخذ تمام النصف، وما فضل يكون لولد الأب، ففي هذه المسئلة الفاضل على النصف، سهم بين الأخ وأخته، على ثلاثة فتضرب ثلاثة في أصل المسئلة، وهي ستة تبلغ ثمانية عشر ثم تكون كما ذكر الخرقي، والله أعلم.

(قال): وإذا كان زوج وأم وأخت وجد، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت النصف، وللجد السدس، ثم يقسم نصف الأخت وسدس الجد بينهم على ثلاثة أسهم، فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهمًا، للزوج تسعة وللأم ستة،وللجد ثمانية، وللأخت أربعة.

(ش): هذا مذهب زيد، وقيل إنه لم يصرح بذلك وإنما أصحابه قاسوها على أصوله، وأصل المسئلة من ستة، وتعول إلى تسعة، ثم يقسم نصف الأخت سدس الجد بينهما، وذلك أربعة على ثلاثة لا يصح، ولا يوافق، فتضرب ثلاثة في تسعة تصير [سبعة] وعشرين، ثم كل من له شئ مضروب في ثلاثة فللزوج ثلاثة في ثلاثة، تسعة، وللأم اثنان في ثلاثة، بستة، وللجد والأخت أربعة في ثلاثة باثني عشر، مقسومة بينهما، للذكر مثل حظ الانثيين، فللجد ثمانية وللأخت أربعة.

(قال): وتسمى هذه المسئلة الأكدرية، ولا يفرض للجد مع الأخوات في غير هذه المسئلة.

(ش): قيل سميت هذه المسئلة الأكدرية، لأنها كدرت على زيد أصوله، لأنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد مع الأخوة، وفرض للأخت معه ولا يفرض للأخت في غيره هذه الصورة، وجمع سهامها وسهامه فقسمها بينهما، ولا نظر لذلك.

وقيل سميت بذلك لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجل اسمه أكدر فأفتى فيها على مذهب زيد، وأخطأ فيها فنسب إليه، وإنما فرض للأخت مع الجد، وأعيلت المسئلة لأنه لو لم يفرض لها لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها. هذا على المذهب المعروف.

ولنا قول آخر: انها تسقط ويكون الباقي بعد نصف الزوج، وثلث الأم وهو السدس للجد بالفرض، كسائر المسائل التي لا يفضل فيها إلا السدس، والله أعلم.

(قال): وإذا كانت أم وأخت وجد، فللأم الثلث، وما بقي بين الجد والأخت على ثلاثة أسهم، للجد سهمان، للأخت سهم.

(ش): الباقي بعد الثلث سهمان بين الجد والأخت على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ثلاثة تصحّ من تسعة، للأم ثلاثة أسهم، وللجد أربعة، وللأخت سهمان، وهذه المسئلة تسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها على سبعة أقوال، ولهذا سميت المسبعة، وتسمى المسدسة لأن معنى السبعة ترتجع إلى ستة، وسأل الحجاج عنها الشعي فقال: اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ، ذكر له عثمان وعليًا وابن مسعود وزيد بن ثابت - رضي الله عنهم -.

(قال): وإذا كانت بنت وأخت وجد، فللبنت النصف، وما بقي بين الجد والأخت، على ثلاثة أسهم، للجد سهمان وللأخت سهم.

(ش): المقاسمة أحظّ للجد من ثلث الباقي، ومن سدس جميع المال فيأخذها وأصلاً المسئلة، من اثنين، للبنت سهم، ويبقى سهم على ثلاثة، لا يصح فتضرب ثلاثة في اثنين، تصير ستة للبنت، نصفها ثلاثة، وللجد سهمان، وللأخت سهم.

﴿باب ميراث ذوي الأرحام﴾

(ش): ذوي الأرحام في أصل الوضع اللغوي والشرعي: كل من انتسب إلى الميت. بقرابة سواء ذلك القرابة من قبل الأب، أو من قبل الأم، ولهذا كان أبو بكر الصديق -رضي الله عنه- ، يستدل على ميراث العصبة، بقوله تعالى ﴿ وَأُوْلُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ﴾[1] الآية. ولا نزاع أن الآية الكريمة تتناول العصبة وأصحاب الفروض، وأنما النزاع في تناولها الرد، ولذوي الأرحام، وكذلك قوله تعالى ﴿ وَاتَّقُواْ اللهَ الَّذِي تسألون بِهِ وَالأَرْحَامَ﴾[2] ﴿وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾[3] يتناول كل قريب ولهذا قال إمامنا، وأصحابنا، وغيرهم: إذا أوصى لذي رحمة أو أوقف عليهم، تناول كل قرابة من جهة الأب والأم، وذوو الأرحام في العرف الاصطلاحي هنا: كل قرابة ليس بذي فرض ولاعصبة لأن الوارث لما كانوا ثلاثة أقسام:

(١) سورة الأنفال: آية ٧٥، وسورة الأحزاب آية ٦

(٢) سورة النساء: أية ١.

(٣) سورة محمد: آية ٢٢.

منهم من له شئ مقدّر فسُميَ صاحب فرض، لأن الفرض في اللغة التقدير.

ومنهم من يأخذ المال إذا انفرد ويأخذ ما بقي مع ذي الفرض، وهو العصبة.

ولمّا اختصّ هذان القسمان، الشريفان، باسمين بقي القسم الثالث، وهو أدنى الأقسام، وهو مَن لا فرض له ولا تعصيب، فخصّ بالاسم العام، طلبًا للتميز بين الأقسام، وهذا كما أن الحيوان يشمل الناطق، والبهيم.

واذا تقرر أن ذوي الأرحام في اصطلاح الطارئ اسم لمن يرث بلا فرض، ولا تعصيب، فهم أحد عشر صنفًا.

ولد البنات، وولد الأخوات، وبنات الأخوة، وبنات الأعمام، وبنو الأخوة من الأم، والعم من الأم، والعمات، والخالات، وأبو الأم، وكل جدة أدلت بأب بين أمّين، أو بأب أعلى من الجد، والله أعلم.

(قال): ويورث ذوو الأرحام.

(ش): هذا المذهب المعروف، المشهور، في نص أحمد، وقول أصحابه، مذهب جمهور الصحابة، -رضي الله عنهم- لقوله تعالى ﴿وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ﴾ الآية، وهؤلاء من أولى الأرحام، فيكونوا أولي بنص الكتاب، وفي الدارقطني[1] أن النبي ﷺ آخا بين أصحابه، فكانوا يتوارثون، حتى نزلت ﴿وَقُومُواْ للهِ قَانِتِينَ﴾[2] ﴿وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ﴾ الآية. فكانوا يتوارثون بالنسب، وعن المقدام بن معد يكرب، عن النبي ﷺ قال: من ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه، وأرثه، والخال، وارث من لا وارث له، يعقل عنه، ويرثه رواه

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه. كتاب الفرائض: ٤/ ٨٨، ٨٩.

(٢) سورة البقرة: آية ٢٣٨.

أحمد وأبو داود وابن ماجه، وحسّنه أو زرعه [1] ، وعن أبي أمامة بن سهل: أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فقتله، وليس له وارث، إلاّ خال، فكتب في ذلك إلى أبي عبيدة بن الجراح فكتب: «إن النبي ﷺ قال: الله ورسوله وليّ مَن لا وليّ له، والخال وارث من لا وراث له رواه أحمد وابن ماجه والترمذي [2] منه المرفوع وحسّنه، وعن بُرَيدة قال مات رجل من خزاعة فأتى النبي ﷺ بميراثه فقال: «الَتمِسُوا لَهُ وارثًا أو ذَا رَحِمٍ، فإن لم تجدوا له وارثًا ولا رحمًا، اعْطُوهُ لكبير خزاعة» رواه أبو داود [3]، وعن زيد بن أسلم عن عطاء أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله فى العم والخال، فأنزل الله عليه، لا ميراث لهما، ولكن يرثان للرحم رواه أبو داود [4] وهكذا مرسلاً بماله كالعصبة، وما يقال من أن المراد، أن من ليس له إلا خال، فلا وارث له، كما يقال «الجوع، زاد من لا زاد له» ، والجوع ليس بزاد، كذلك الخال مردود بأن في الحديث ويعقل عنه، وبأن الصحابة رووا الحديث وفهموا منه إثبات الإرث، وفهمهم موافق للحديث فهو حجّه بلا ريب.

وقوله في الحديث: من لا وارث له، أى من لا وارث له معروف وهو أصحاب الفروض والعصبة، ويؤيد هذا الحديث المرسل: لا ميراث لهما يعنى مقدرًا ولكن يرثون الرحم، وعن أحمد رواية أخرى: لا يرثون مع بيت المال بل يقدم بيت المال عليهم، بناء على أنه عاصب، وقد تقدم نصه في ذلك في الوصية،

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب في ميراث ذوي الأرحام: ٢/ ١١١، وفي سنن ابن ماجه، كتاب الفرائض باب ذوي الأرحام: ٢/ ٩١٤، حديث رقم ٢٧٣٨، وفي سنن الدارقطني، كتاب الفرائض، ٤/ ٨٦، ومسند الإمام أحمد: ٤/ ١٣١.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب في ميراث ذوي الأرحام: ٢/ ١١٢.

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في المراسيل، وهو في سنن الدارقطني، كتاب الفرائض: ٤/ ٩٨.

بجميع المال وأنه تبع في ذلك زيد بن ثابت، واستدل بعضهم بما روى، عن عطاء بن يسار: أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله في العمة والخالة، فأنزل عليه: لا ميراث لهما، رواه سعيد بن منصور في سننه، وهو مردود بالزيادة التي رواها أبو داود، والله أعلم.

(قال): فيجعل مَنْ لم تُسَمَّ له فريضة على منزلة مَن سُمّيتْ له ممن هو نحوه فيجعل الخال بمنزلة الأم والعمة بمنزلة الأب وعن أبي عبد الله - رحمه الله- رواية أخرى أنه جعلها بمنزلة العم وبنت الأخ بمنزلة الأخ وكل ذي رحم لم تُسمَّ له فريضة [فهو] (١) على هذا النحو.

(ش): لما ذكر أن ذوي الأرحام يرثون أراد أن يبيّن كيف توريثهم، وأشار أولاً إلى معرفتهم وبيانهم، فقال: إنهم من لم تسمَّ له فريضة لأن ذوي الأرحام، كما تقدم من لا فرض له، ولا تعصيب ثم بيَّن كيفية توريثهم بأنهم يرثون بالتنزيل، وهذا المذهب المعروف المشهور حتى إنّ عامة الأصحاب لم يحكوا خلافًا وروى نحو ذلك عن عمر، وعلي وابن مسعود - رضي الله عنهم- ناهيك، لأنهم إنما ورثوا فرعًا على غيرهم فوجب إلحاقهم بذلك الغير، وحكى الشيرازي والسامري رواية، أنهم يرثون بالقرب، وهذا مذهب الحنيفة، فعلى هذا أَولاهم مَن كان مِن ولد الميت وإن سفلوا، ثم ولد أبوي أبويه كذلك أبدًا لا يرث بنو أب أعلى، وهناك بنو أب أقرب منه، وإن نزلت درجتهم ولا تفريع على هذا القول عندنا، إنما التفريغ على الأول، وبيانه على ما ذكر الخرقي أن مَن لم تُسَمَّ له فريضة بمنزلة مَن سُمّيتْ له ممن هو نحوه.

وقوله على منزلة، أي بمنزلة، واستقروا على منزلة مَن سُمّيتْ له الفريضة.

---

(١) في نسخة «ب» : «فهل».

وقوله: ممن هو نحوه من لبيان الجنس، أي بيان مَن سُمّيت لـه فريـضة ومـن موصول راجع إلي المسمّى له فريضة، وهو راجع إلى مَن لم تُسَمَّ له فريضة، والنحـو الجهة أي يجعل الذي لم يُسمَّ له فريضة بمنزلة الذي سُمَّيَ له فريضة أي فريضته.

قال: من الذي لم يُسمَّ له جهة، والضمير في جملتـه، راجـع إلي الموصـول، الراجع إلى مَن سُمّيتْ له فريضة، وإيضاح ذلك، فقال: يجعل الخالة بمنزلة الأم والعمة، سواء كانت لأبوين، أو لأب، أو لأم بمنزلة الأب، وقد روي هذا عـن عمر، وعليّ وعبد الله ونحوهم في العمة، ونحوه عنهم في الخال، وهـذا إحـدى الروايات عن أحمد، واختيار القاضي في التعليق، وأبي محمد وغيرهمـا، لمـا روى الزهري [1] عن الرسول الله ﷺ أنه قال «العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم» ولأن الأب أقوى جهات العمة فوجـب تنزيلها منزلته، كبنت الأخ، وبنت العم، ينزلان منزلة أبويهما، لأخويهما.

وعن أحمد رواية أخرى: أن العمـة بمنزلـة العـم، لأنـه أخوهـا، فنزلـت بمنزلته، وهو أحد الـروايتين عـن عـليّ واختيـار أبي بكـر وعبـد العزيـز، قـال القاضي في تعليقه، بعد أن حكى الرواية مطلقة: وينبغي أن تكون بمنزلـة العـم لأبوين، لأنّا لو نزّلنا منزلة العم من الأب، سقطت مع بنت العم للأبوين، ولـو

---

(١) الحديث في سـنن الـدارمي عـن الـشعبي عـن مـسروق عـن عبـد الله، قـال: «الخالـة بمنزلـة الأم، والعمـة بمنزلـة الأب، وبنـت الأخ بمنزلـة الأخ، وكـل ذي رحـم بمنزلـة رحمـه، حتـى يـدلي بهـا إذا لم يكن وارث ذو قرابة»: ٢/ ٣٦٧.

وفي سنن الدارقطني، كتـاب الفـرائض عـن الـشعبي، قـال: قـال زيـاد بـن أبي سـفيان لجلـيس لـه: هـل تـدري كيـف قـضى عمـر مـن العمـة والخالـة؟ قـال: لا فـإني لأعلـم خلـق الله كيـف كـان يقضي فيهما عمر، جعل الخالة بمنزلة الأم، والعمة بمنزلة الأب: ٤/ ١٠٠.

نزلت منزلة العم من الأم نزلت بغير وارث، وتبعه على ذلك أبو الخطاب، وأبو البركات، وغيرهما.

وعنه رواية ثالثة إنما وردت عن أحمد في العمة كما ذكر الخرقي، كذا حكاها، القاضي وغيره، وكذلك خصّ أبو محمد الخلاف بها الكافي، وقطع في العم للأم، أنه كالأب، وكذلك الشيرازي لكنه قطع في العم شبه للأم أنه كالعم، وحكى أبو البركات الخلاف فيهما، وانتهى.

وتنزل بنت الأخ بمنزلة أبيها، وهو الأخ وعلى كل من كان ذوي الأرحام ينزل بمنزلة من يدلى به، وهو معنى قول الخرقي: وكل ذي رحم لم تُسَمّ له فريضة فهو على هذا النحو أي المثل، مثال ذلك بنت بنت وبنت بنت ابن بنت الابن، بمنزلة البنت، وبنت بنت الابن بمنزلة بنت الابن، فيكون المال بينهما على أربعة بالفرض، والرد كأصلهما، فلو كان معهم خالة فهي بمنزلة الأم فيكون لها السدس، ولبنت البنت النصف، ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين، والباقي وهو الثلث لبنت الأخ، فإن كان مكان الخالة عمة، فمنزلتها منزلة الأب، أسقط بها بنت الأخ بالأب ومن نزّلها منزلة العم أسقطها، كما يسقط العم بالأب ومن نزّلها جدًا قسم الباقي بينهما، وبين بنت الأخ، في نحو هذه المسألة، والله أعلم.

(قال): واذا كان وراث غير الزوج والزوجة، ممن قد سُمّيتْ له فريضة، أو مولى نعمة فهو أحق بالمال من ذوي الأرحام.

(ش): لما ذكر الخرقي أن ذوي الأرحام يرثون، أراد أن يبّين شرط توريثهم، فقال: إن شرط توريثهم أن لا يكون معهم وارث سُمّيتْ له فريضة، أو مولى نعمة، وأراد أن يبين بهذا أن الرد والولاء يُقدّمان على الميراث بالرحم،

ولا نزاع عندنا فيما أعلم أن الرد يُقدَّم على ذي الرحم، لقوله عليه السلام: «الخال وارث»، وهذا له وارث مَن وارث له، قال ابن مسعود -ﷺ-: ذو السهم أولى ممن لا سهم له، ولأن الرحم التي في ذي الفرض أولى من الرحم التي لا فرض لها، أما الولاء عليه عندنا أيضًا أنه يُقدَّم على ذي الرحم للحديث، وقوله عليه السلام «الولاء لحمة كلحمة النسب»(١).

وعنه يُقدَّم الرحم عليه لانتفاء الرحم فيه، واستثنى الخرقي من أصحاب الفرائض الزوج والزوجة، فإن ذوي الأرحام يرثون معهم، لما تَقدَّم من أنه لا حظ للزوجين في الرد، ولا نزاع أن الزوجين يأخذان فرضهما، من غير حجب ولا عول، ثم يقسم الباقي بين ذوي الأرحام، كما لو انفردوا، نص عليه، وعليه جمهور الأصحاب، وقيل يُقسَّم بينهم كما يُقسَّم بين من أدلوا به، وهو الذي جزم به القاضي في التعليق، فعلى هذا لو خلف زوجًا، وبنت بنت وبنت أخ فللزوج نصف، والباقي بينهما نِصْفانِ على المنصوص، وتصح من أربعة، وعلى الثاني، الباقي بينهما بعد النصف على ثلاث كما يقسم بين من أدلوا به إذ الزوج يرث مع البنت الربع، ويبقى الثاني بينهما على ثلاثة، وتصح من ستة للزوج ثلاثة، ولبنت البنت سهمان، ولبنت الأخ سهم، ولو كان مكان الزوج زوجة فعلى الأول، تصح من ثمانية، للزوج الربع، سهمان، ولكل واحدة منها ثلاثة، وعلى الثانية تصح من ثمانية، للزوجة الربع، والباقي بينهما على سبعة، لبنت البنت أربعة أسباع باثني عشر، ولبنت الأخ ثلاثة أسباع بتسعة والله أعلم.

(قال): ويورث الذكور والإناث من ذوى الأرحام بالسوية إذا كان أبوهم واحدًا وأمهم واحدة إلا الخال والخالة فإن للخال الثلثين وللخالة الثلث.

---

(١) الحديث أخرجه الدارمي في سننه، كتاب الفرائض، باب بيع الولاء: ٢/ ٣٩٨.

(ش): ضابط هذا إذا أدلى جماعة بوارث واحد واستوت منازلهم، منه وهو الذي احترز عنه الخرقي، بقوله: إذا كان أبوهم وأمهم واحدة إلا الخال والخالة فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأناثهم، على المشهور من الروايتين.

والمختار لجمهور الأصحاب وأبو الخطاب وعليها عامة شيوخنا، لأنهم يرثون بالرحم المجرد[1] واستوى ذكرهم وأناثهم.

والرواية الثانية للذكر مثل حظ الأنثيين، إلا ولد [ولد] الأم، لأنهم فرع على ذوي الفروض والعصبات فثبت فيهم حكمهم وخرج ولد الأم لأنهم فرع على من ذكره وأنثاه سواء، فغايته أن يثبت للفرع ما للأصل.

والرواية الثالثة يسوى بينهم، إلا الخال والخالة وهو اختيار الخرقي، والشيرازي، وابن عقيل في التذكرة وقال: استحسانًا يعني أن مقتضى الدليل التسوية خرج منه الخال والخالة على سبيل الاستحسان، ولم يذكر دليله، وذكر بعضهم أنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال: الخال والد إذا لم يكن دونه أم والخالة أم إذا لم يكن دونها أم، وقد أشار أبو محمد إلى ضعف هذا القول، وقال: لم أجد له وجهًا، وقال القاضي: لم أجد هذا بعينه عن أحمد.

ومثال المسألة ابن أخت مع أخته، وابن بنت مع أخته، المال بينهما نصفين على الأول أو ثلاثًا على الثاني وأحترز بقوله: إذا كان أبوهم واحدًا، وأمهم واحدة عما لو اختلف أبوهم وأمهم كابن بنت، وبنت بنت أخرى وسيأتي إن شاء الله تعالى واخترزنا بقولنا: ولم يتفاضلوا بالسبق عما لو خلف، بنت بنت، وبنت بنت بنت. فإن المال لبنت البنت، ولهذه المسألة مزيد تحقيق ليس هذا موضعه، والله أعلم.

(قال): وإذا كان ابن أخت وبنت أخرى أعطى ابن الأخت حق أمه النصف، وبنت الأخت حق أمها، النصف.

---

(١) في نسخة «ب»: «المحرم» والصواب ما أثبتناه.

(ش): هذا الذي احترز عنه الخرقي فيما تقدم بقوله: إذا كان أبوهم واحدًا وأمهم واحدة، وهذا هو القاعدة، وهو أن الجماعة إذا أدلوا بجماعة جعلت كل واحد منهم بمنزلة أقرب وارث إليه، أدلى به في أرثه، وحجبه به مع مسألتنا أن ابن الأخت يدلى بأمه، وبنت الأخت تدلى بأمها، فيكون المال بينهما نصفين كأمهما بغير خلاف.

(قال): وإذا كان ابن وبنت أخت أخرى فللابن ولبنت الأخت النصف بينهما نصفين، ولبنت الأخت الأخرى النصف.

(ش): هذا أيضًا مما تقدم فللابن وأخته النصف، حق أمهما، بينهما النصفين على مختاره، ومختار الجمهور على الرواية الأخرى يكون بينهم على ثلاثه، ولبنت الأخت الأخرى النصف، حق أمها وتصح المسألة من أربعة على رأى الجمهور وعلى الرواية الأخرى من ستة، والله أعلم.

(قال): وإذا كن ثلاث بنات أخوات متفرقات، كان لبنت الأخت من الأبوين ثلاثة أخماس المال: ولبنت الأخت من الأم الخمس، ولبنت الأخت من الأب الخمس، جعلن مكان أمهاتهن.

(ش): هذا أيضًا مما تقدم وقد صرح الخرقي بأنهن قد جعلن مكان أمهاتهن، فبنت الأخت من الأبوين مكان أمها، فلها النصف، وبنت الأخت من الأب مكان أمها، لها السدس تكملة الثلثين، وبنت الأخت من الأم مكان أمها، لها السدس، وأصل المسألة من ستة، وترجع بالرد إلى خمسة فيقسم المال بينهم على ذلك، والله أعلم.

(قال): وكذلك إن كن ثلاث عمات متفرقات.

(ش): هذا مبنيّ على قاعدة وهو أن الجماعة إذا أدلوا بواحد واختلف منازلهم منه، فإن نصيبه يقسم بينهم على حسب ميراثهم منه لو ورثوه، ففي مسألتنا العمات يدلين بالأب، على المذهب، ومنازلهن منه مختلفة، فإحداهن

أخته لأبويه، والأخرى لأبيه فيقسم نصيبه بينهن على حسب ميراثهم منه وميراثهم منه لأخته لأبويه النصف، ولأخته لأبيه السدس، تكمل الثلثين ولأخته لأمه السدس فيقسم نصيبه بينهن على خمسة، ونصيبه والحال هذه جميع المال، إذ لا وارث معنا غيرهن، والله أعلم.

[(قال): فإن كن ثلاث بنات وثلاثة أخوة متفرقين، فلبنت الأخ من الأم السدس، وما بقي فلبنت الأخ من الأب والأم].(١)

(ش): هذا مبنى على ما تقدم قبل، ولو ذكره قبل مسألة العمات لكان أولى إذ بنات الأخوه ينزلن منزلة الأخوة، ولو مات شخص، وخلف ثلاثة أخوة متفرقين يسقط الأخ من الأب بالأخ من الأبوين، وكان للأخ من الأم السدس والباقي للأخ من الأبوين فكذلك، هاهنا لبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الأبوين والله أعلم.

(قال): وإذا كن ثلاث بنات عمومة متفرقين فالمال لبنت العم من الأبوين لأنهن أقمن مقام آبائهن.

(ش): هذا أيضًا مبنى على ما تقدم، وقد نص أحمد على ذلك، وقد علله الخرقي بأنهن أقمن مقام آبائهن فبنت العم من الأبوين بمنزلة أبيها، وبنت العم من الأب بمنزلة أبيها، وبنت العم من الأم بمنزلة أمها، ولو مات شخص وخلف ثلاثة أعمام متفرقين كان الميراث للعم للأبوين إذ لا ميراث للأخ من الأب مع الأخ للأبوين، والعم من الأم من ذوي الأرحام.

واعلم أن المنصوص وكلام الخرقي في هذه المسألة يلتفت إلى أن العمومة ليست جهة، وبيانه أنّا إذا لم نجعلها جهة، فالعمومة من جهة الأبوة. والقاعدة

---

(١) في نسخة «ب»: «قال: فإن كن بنات أخوة متفرقين، فلبنت الأخت من الأم السدس، وما بقي فلبنت الأخ من الأب والأم»، والتصحيح من مختصر الخرقي، والمغني والشرح الكبير.

أن الوارث، من ذوي الأرحام إذا اجتمعوا، من جهة واحدة فمن سبق إلى الوارث، ورث وأسقط غيره، وبنت العم [1] للأبوين وبنت العم للأب، قد سبقتا بنت العم إلى الوارث فتسقط بهما.

ثم بنت العم للأب تسقط ببنت العم للأبوين.

وأثبت أبو الخطاب العمومة جهة تلزم على قوله، أن المال يكون لبنت العم من الأم إذا أنزلناها منزلة أباها على المشهور [2].

وبيانه أن ذوي الأرحام إذ اجتمعوا من جهتين فإنك تنزل البعيد حتى يلحق بمن جعل بمنزلته، وإن سقط به القريب ففي صورتنا: إذا جعلنا العمومة جهة فبنت العم للأبوين بمنزلة أبيها، وكذلك بنت العم للأب وجهتها واحدة في بنت العم للأم بمنزلة الأب، فكأن الميت خلف أباه وعمه، ولا عبرة بالسبق إلى الوارث ثم بنت العم لاختلاف الجهة، وإذا خلف الميت أباه وعمه كان المال للأب دون العم، فلزم أن المال لبنت العم من الأم دون بنت الأبوين لتنزيلها عمًا، وقد بعد هذا القول، والله أعلم.

(قال): [فإن كن ثلاث خالات متفرقات، وثلاث عمات متفرقات فالثلث بين الثلاث خالات على خمسة أسهم، والثلثان بين العمات على خمسة أسهم، فتصبح من خمسة عشر سهمًا، للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة أسهم، وللخالة التي من قبل الأب سهم، وللخالة التي من قبل الأم سهم،

(١) المقصود بها بنت العم لأبوين، إذا نزلت منزلة من أدلت به، وهو العم لأبوين.

(٢) قال أبو الخطاب قولاً من رأيه يقضي إلى هذا فإنه ذكر أن الأبوة جهة والعمومة جهة أخرى،وأن البعيد والقريب من ذوي الأرحام إذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوراثه سواء سقط به القريب أو لا، فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الأم حتى تلحق، بالأب فيسقط بها العمين الآخرين. وأظن أبا الخطاب لو علم إفضاء هذا القول إلى هذا لم يذهب إليه. المغني ١٢٠٧.

وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم، وللعمة التي من قبل الأب سهمان، والعمة التي من قبل الأم سهمان] (١).

(ش): إنما كان كذلك لأن الخالات بمنزلة الأم والعمات بمنزلة الأب، ولو خلف الشخص أباه وأمه كان لأمه الثلث، والباقي لأبيه، والقاعدة: على أن الجماعة إذا أدلوا بواحد نصيبه بينهم على حسب ميراثهم منه، والخالات كالأم فنصيبها منهم على حسب ميراثهم منها، وميراثهم منها أن لأختها لأبيها وأمها النصف، ولأختها لأبيها السدس تكملة الثلثين، ولأختها لأمها السدس، أصل مسألتهم من ستة، وترجع بالرد إلى خمسة، فيقسم الثلث، أسهم على خمسة، والقول في العمات، كالقول في الخالات سواء، وإذا أردت تصحيح المسئلة، قلت: أصل المسئلة من ثلاثة، للأم الثلث، واحد على خمسة، لا يصح، ولا يوافق، وللأب الثلثان على خمسة لا يصح، أيضًا، ولا يوافق، والأعداد متماثلة إذ هي خمسة وخمسة، فتجتزئ بأحد العددين، وتضربه في أصل المسئلة، يصير المجموع خمسة عشر، للخالات الثلث خمسة أسهم، على خمسة، للتي من قبل الأبوين ثلاثة، وللتي من قبل الأب سهم، وللتي من قبل الأم سهم، وللعمات الثلثان عشرة أسهم على خمسة، للتي من قبل الأبوين ستة (٢)، وللتي من قبل الأب سهمان، وللتي من قبل الأم سهمان، والله أعلم.

---

(١) ما بين المعكوفين من مختصر الخرقي، حيث يوجد في النسخة المخطوطة تقديم وتأخير وتحريف.

(٢) في نسخة «ب»: «ثلاثة» والصحة ما أثبتناه.

﴿باب مسائل شتّى في الفرائض﴾

(ش): يعني متفرقة لأنه جمع في هذا الباب مسائل مختلفة، قال تعالى: ﴿تَحْسَبُهُمْ جَمِيعاً وَقُلُوبُهُمْ شَتَّى﴾(1) أي متفرقة وقال تعالى: ﴿إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّى﴾(2) أي مختلفا.

(قال): والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى.

(ش): الخنثى الذي له ذكر، وفرج امرأة، ثم إن لم يتبين هل هو رجل أو امرأة؟ وأشكل علينا فهو مشكل، يرث نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، إعمالاً بحالتيه، وحذارًا من ترجيح إحداهما بلا مرجح، وصار هذا كما لو ادعى نفسان دارًا بأيديهما ولا بيّنه لهما فإنهما يقسم بينهما ذلك كذلك ها هنا، وأيضًا فإن هذا قول ابن عباس، ولا نعرف له مخالفًا في الصحابة.

وطريق العمل في ذلك أن تجعل المسئلة على أنه ذكر، ثم على أنه أنثى، ثم تضرب أحدهما في الأخرى، إن تباينتا، أو وفقهما، إن توافقتا، تجتزئ بأحداهما إن تماثلتا، ثم كل من له شيء من أحد المسئلتين [أخذه](3) مضروبًا في الأخرى، أو في وفقها، إذ تجمع له ماله فيها، فنقول في رجل خلف ابنًا وبنتًا وولدًا خنثى: مسئلة الذكورية من خمسة، ومسئلة الأنوثية من أربعة، وهما متباينتان، فتضرب أحدهما في الأخرى، تبلغ عشرين ثم تضربها في اثنتين تصير أربعين، ثم تقول الابن له مسئلة الذكورية سهمين، وتضرب في مسئلة الأنوثية أربعة: بثمانية وله في مسئلة الأنوثية سهمان، تضرب في مسئلة الذكورية خمسة عشرة، مجموع ذلك

(1) سورة الحشر: آية ١٣.
(2) سورة الليل: آية ٤.
(3)وضعت لاستقامة المعنى.

ثمانية عشر، وللبنت من مسئلة الذكورية سهم، يضرب في أربعة بأربعة، ومن مسئلة الأنوثية سهم في خمسة بخمسة، المجموع تسعة، وللخنثى من مسئلة الذكورية، سهمان في أربعة بثمانية، ومن مسئلة الأنوثية سهم في خمسة بخمسة، المجموع ثلاثة عشر سهمًا، والله أعلم.

(قال): وإن بال فسبق البول من حيث يبول الرجل فليس بمشكل، وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل، وإن بال فسبق البول من حيث تبول المرأة، فله حكم امرأة.

(ش): قد تقدم أنّ الخنثى الذي له ذكر، وفرج امرأة، فنعتبره مما له، فإن بال من ذكره فهو رجل، حكمه حكم الرجل في جميع الأحكام، وإن بال من فرجه فهو امرأة، حكمه حكم النساء في جميع الأحكام، وقد حكى ابن المنذر هذا إجماعًا، وروى عن عليّ ومعاوية - رضي الله عنهما - ، وروى أيضًا عن النبي ﷺ.

وإن بال من ذكره، ومن فرجه اعتبر بأسبقهما، فإن سبق البول من ذكره فهو رجل، وإن سبق البول من فرجه فهو امرأة وهذا الصورة التي ذكرها الخرقي وهي تدل على الأولى بطريق التنبيه، لأن السبق له مزيّة فترجح إحدى العلامتين، ووقف أمره حتى يبلغ فإن ظهرت فيه علامات الرجال، من نبات لحيته، وخروج المني من ذكره، فهو رجل وإن ظهرت فيه علامات النساء من الحيض، والحمل، ونحوه، فهو امرأة وإن لم يظهر شيء من ذلك فهو المشكل، حكمه ما تقدم، والله أعلم.

(قال): وابن الملاعنة ترثه أمه، وعصبتها، فإن خلف أمًا، وخالاً فلأمه الثلث وما بقي فللخال.

(ش): إذا رمى رجل امرأته بالزنا وانتفى من ولدها، ولاعنها، فإن الولد ينتفي عنه بشرطه فلا يرثه، ولا أحد من عصباته، وترثه أمه، وذو الفروض منه، بلا نزاع.

ثم اختلفت الرواية عن أحمد بعد ذلك فروى عنه أبو الحارث: أنها هي عصبته، فإن لم تكن فعصبتها عصبته لما روى واثلة بن الأسقع، أن رسول الله ﷺ قال: تحوز المرأة ثلاث مواريث عتيقها، وولدها، ولقيطها، وولدها، الذي لاعنت عليه، رواه أبو داود والترمذي(1) وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن الرسول ﷺ أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ثم لورثتها، من بعدها، رواه أبو داود(2).

وروى عنه الأثرم وحنبل أن عصبتها عصبته وهو اختيار الخرقي، والقاضي وغيرهما، لعموم قوله عليه السلام: ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقيت الفرائض، فلأولى رجل ذكر، متفق عليه(3) وعصبة الأم،[هم] أولى رجل ذكر، وعن عمر أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه. ولا شك أن للصحابة قولين فكذلك عن أحمد روايتان.

وعنه رواية ثالثة حكاها القاضي: إن كان له ذوي فرض رد عليهم، وإن لم يكن ذوي فرض بحال فعصبته، عصبة أمه، والذي حكاه أبو محمد عن القاضي أنه فسر الرواية بهذا ويتفرع على الخلاف إذا خلف أمه وخاله، فلأمه الثلث، وما بقي فللخال على الرواية الثانية.

وعلى الأولى والثانية: للأم لكن على الأولى يأخذ الباقي بعد فرضها بالتعصيب، وعلى الثالثة يأخذها بالرد ولو خلف أخته، وابن أخته، فلأخته النصف، والباقي لابن أخته على الرواية الأولى، والثانية وعلى الثالثة: الباقي للأخت بالرد، والله أعلم.

---

(1) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الفرائض: ٤/ ٨٩. وابو داود في سننه، كتاب الفرائض. باب ميراث ابن الملاعنة: ٢/ ١١٢،١١٣.

(2) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة: ٢/ ١١٣.

(3) سبق تخريجه.

تنبيه: حكم ولد الزنا حكم الولد النفي باللعان، على ما تقدم.

وقولنا إن الأم عصبة الملاعن وأن عصبتها، عصبته، هذا في الميراث خاصة، فلا يتعدى إلى غيره من ولاية النكاح، والعقد وغير ذلك، والله أعلم.

(قال): والعبد لا يرث ولا له مال فيورث عنه.

(ش): العبد لا يرث بالإجماع، إذ لا مال له فيورث عنه، لأنه لا يملك، وإن قلنا يملك فملكه ملك ناقص يزول إلي سيده بزوال ملكه إلى رقبته، بدليل قوله عليه السلام: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[1] وكما أنه لا يورث، لا يرث كالمرتد لجامع النقص الذي فيه، وحكم المدبر والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد حكم القن، أما المكاتب حيث حكم بحريته بأداء الجميع أوبأداء الثلاثة أرباع، أو بملك الوفاء فحكمه حكم الأحرار وإلا فحكمه حكم الأرقاء، والله أعلم.

(قال): ومن كان بعضه حرًا يرث ويورثه، ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية.

(ش): المعتق بعضه يرث، ويحجب بمقدار ما فيه من الحرية، ويورث عنه ما كسب بحرية الأصل.

والأصل في ذلك ما روى عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: إذا أصاب المكاتب حدًّا أو ميراثًا ورث بحساب ما أعتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما أعتق منه رواه الدارقطني، وأبو داود[2] ولفظه: إذا أصاب المكاتب حدًا أو ورث ميراثًا، يرث على قدر ما أعتق منه، رواه النسائي، وعن ابن عباس عن عليّ عن النبي ﷺ قال: المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى أو يقام عليه الحد

---

(١) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ٢/ ٨٢، ١٥٠ .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب المكاتب: ٤/ ١٢١، وأبو داود في سننه، كتاب الديات، باب في دية المكاتب : ٢/ ٥٠٠، والترمذي في صحيحه، كتاب البيوع: ٥/ ٢٦٤.

بقدر ما عتق منه، رواه الترمذي[1] وحسّنه، قال أبو العباس: وهو إسناد جيد يجب العمل به، وهذا الحديث دل على شيئين.

أحدهما: أن المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى.

الثاني: أن المعتق بعضه يحد، ويروى: ويرث بقدر ما عتق منه، فالحكم الأول عارضه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: المكاتب عبد ما دام عليه من كتابته درهم «فصار الجمهور من العلماء إليه، وكأنهم رأوا أنه ناسخ لما تقدم.

أما الحكم الثاني فلم يعارضه معارض فوجب العمل به، ولا يلزم من نسخ عتقه بأداء البعض نسخ حكم أخر، في المعتق، بعضه لأنه هذا الحكم مستقل يكون في المكاتب وفي غيره، واتفق أنه إذ ذاك في المكاتب وأكثر ما في هذا ارتفاع بعض أنواع المعتق بعضه، لارتفاع حكم المعتق بعضه، ثم يؤيد هذا أن عليًا وابن عباس، فيما أظن أفتيا بهذا، وهما رويا الحديث فدلّ على تقدر ذلك عندهما، وأنهما فهما منه ما قلناه، وأيضًا فأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه، كما لو كان الآخر مثله وإلا لا تراجيح لأحد البعضين إذا تقرر هذا فقال: أنه يرث ويحجب على مقدار مافيه من الحرية.

ومثال ذلك إذا مات شخص، وخلف أمًّا وبنتًا نصفهما حرًا وأب فأنك تقول: للبنت نصف حريتها، نصف ميراثها، وهو الربع وللأم مع حريتها ورقّ البنت، الثلث، فقد حجبتها عن السدس، فنصف حريتها تحجبها عن نصف السدس، يبقى لها الربع لو كانت حرة فلها نصف حريتها نصفه، وهو الثمن، والباقي للأب وتصح المسئلة من ثمانية للبنت الربع سهمان، وللأم الثمن سهم

---

(١) أخرجه الترمذي في صحيحه، كتاب البيوع: ٥/ ٢٦٤، ٢٦٥.

والباقي للأب ولو كانت بنت نصفها حرًا، وأم وعم فللبنت نصف حريتها، نصف النصف، وهو الربع وبنصف حريتها تحجب الأم، عن نصف الثلث، فيبقى للأم السدس، والباقي للعم، وتصح من أربعة وعلى هذا.

تنبيه: قال بعض أصحابنا: إنما يرثه المعتق بعضه مثل كسبه أن لم يكن بينه وبين سيّده مهايأة[1] كان بينهم وإن كانت مهايأة فهل هو لمن الموت في نوبته، أو بينهما على وجه الاكساب النادرة، قال أبو العباس: والصواب الذي عليه جمهور الأصحاب أن ميراثه لا حق للسيد فيه مطلقًا، والله أعلم.

(قال): وإذا خلف ابنين فأقرّ أحداهما بأخ، فللمقر له ثلث ما في يد المقر، وإن كان المقر بأخت فلها خمس ما في يده.

(ش): إذا أقر بعض الورثة بوارث للميت، لزمه من أرثه بقدر حصته، لإقراره له، فإذا خلف ابنين، فأقر أحدهما بأخ، فله ثلث ما في يده، لأنهم إذا كانوا ثلاثة، كان المال بينهم أثلاثًا، فالنصف في يده النصف الذي يستحقه بمقتضى إقراره الثلث، والفاصل عنه السدس وهو الثلث ما في يده، يدفعه إلي المقر له، كما تضمنه إقراره، وإن أقر بأخت كان لها خمس ما في يده، لأنه والحال هذه المال بينهم أخماسًا، وفي يد المقر النصف، خمسان ونصف الذي يستحقه الخمسان فالفاضل عنهما نصف خمس جميع المال وهو خمس النصف الذي في يده، فيدفعه لها ونّبه الخرقي بذكر هذه الصورة على مذهب أبي حنيفة، والشافعي، ومن وافقهما، قال: أبو حنيفة يقول لا يدفع إليه شيء، إذ شرط الأرث ثبوت النسب، ولم يؤجذ والله أعلم[2].

(١) المهايأة: المعاوضة، فكأنه تعارض على نصيبه من كسبه في يوم سيده، ينصب سيده في يومه. ولا يدخل الميراث في المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئًا، لأنه إنما يرثه بجزئه الحر، ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك. انظر تفصيل المسألة في المغني: ١٢/ ٢٥٣.

(٢) المسألة ذكرها ابن قدامة في المغني: ٥/ ٣٢٥، وذكر اختلاف العلماء في ذلك فانظر تفصيلها.

(قال): والقاتل لا يرث المقتول عمدًا كان القتل أو خطأ.

(ش): القاتل لا يرث المقتول في الجملة، لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «القاتل لا يرث المقتول» رواه الترمذي وعن عمر -رضي الله عنه- سمعت النبي ﷺ: «ليس للقاتل ميراث» رواه مالك في الموطأ، وأحمد وابن ماجه (1) وقد عمل عمر على ذلك، فأعطى دية قتادة المدلجي لأبيه، دون ابنه، وكان قد حذفه بسيف فقتله، ومثل هذا اشتهر ولم ينكر، فكان إجماعًا، ولأن التوريث يفضي إلى تكثير القتل، المطلوب عدمه، لأنه ربما يعجل قتل موروثه ليرثه، إذا تقرر هذا فكلام الخرقي - رحمه الله - عام في كل قتل، سواء تعلق به مأثم كقتيل العامد، والباغي العادل، أو لم يتعلق به مأثم كقتيل الخطأ، ونحوه، لذلك وسواء كان القتل مضمونًا بقصاص، أو دم أو كفّارة أو لم يكن كالقتل قصاصًا، أو حدًا، أو دفعًا، وقتل العادل الباغي، والباغي العادل، إن كان خطأ، لا أثم فيه سدًا للذريعة وطلبًا للتحرز عنه، أما غير المضمون كما تقدم ففيه ثلاث روايات.

أحداها: لا أرث مطلقًا، وهو مقتضي كلام الخرقي وعموم الأحاديث وهو أمشى على سد الذريعة.

والثانية: لا يمنع مطلقًا صححها أبو الخطاب، في الهداية، لأن مضمونيته تدل على نفي الحرج عنه، وذلك يناسب الأيات.

والثالثة: لا يرث الباغي العادل فيرث من عداه ممن لم يضمن قتله جزم به القاضي في الجامع الصغير والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما وأبو محمد في

(1) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ١/ ٤٩؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الديات، باب القاتل لا يرث: ٢/ ٨٨٤ حديث رقم ٢٦٤٦ .

المغني، في قتال أهل البغي، في قتال أهل البغي، لأن الباغي آثم ظالم، فناسب أن لا يرث، مع دخوله في عموم النص، والمغني: وفي العادل والقاتل قصاص أو حدًا ونحوهم مأذون لهم في الفعل مثابون عليه، وذلك لا يناسب نفي الأرث، بل الأرث طلب إقامة الحدود ونحوها المطلوب أقامتها، شرعًا فمنع الأرث سدًا لوقوع القتل، المطلوب عدمه، ومنع الأرث هنا، مفضي إلى سد المطلوب وقوعه شرعًا، فهو عكسه، والله أعلم.

(قال): ولا يرث مسلم كافرًا، ولا كافر مسلمًا، إلا أن يكون معتقًا فيأخذ ماله بالولاء.

(ش): لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم، لما في الصحيحين، وغيرهما، عن أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»(١) وفي الصحيحين أيضًا عن أسامة، قال: «يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع، أو دور» (٢) وكان عقيل قد ورث أبا طالب، ولم يرث منه جعفر ولا علي شيئاً لأنهما كانا مسلمين. وكان عقيل، وأبا طالب، كافرين، وكان عمر بن الخطاب يقول لا يرث المؤمن الكافر، وعن محمد بن الأشعث، أن عمه له يهودية، أو نصرانية، توفيت فذكر محمد ذلك

---

(١) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، ٣/ ٦٢؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٦/ ٣٤، ٢١٨، ٩/ ١٢٢.

(٢) أخرجه البخاري، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الحج، باب توريث دور مكة وبيعها وشرائها: ٣/ ٣٥٤؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب النزول بمكة للحجاج وتوريث دورها: ٤/ ١٠٨؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك: ٢/ ٩١٢ حديث رقم ٢٧٣٠.

لعمر بن الخطاب، وقال من يرثها، فقال له عمر يرثها أهل دينها، رواه مالك في الموطأ[1]، مع أن هذا قد حكي إجماعًا، أما في أرث كافر من مسلم فبلا نزاع، وأما في المسلم من الكافر فقال أحمد: ليس فيه بين الناس خلاف.

وحكي فيه خلاف ضعيف واستثنى الخرقي - رحمه الله- ما إذا عتق المسلم كافر، والكافر مسلم، فإنه يرثه بالولاء. وهو إحدى الروايتين عن أحمد، واحتج بأن عليًا قال: الولاء شعبه من الرق انتهى.

فكما أن الرق ثبت مع اختلاف الدين. كذلك الولاء يثبت مع اختلاف الدين.

وفي هذا الاستدلال نظر، فإنه لا نزاع في ثبوت الولاء، إنما النزاع في ثبوت الإرث، وقد يستدل لذلك، بما روى عن جابر أن النبي ﷺ قال: لا يرث المسلم النصراني، إلا أن يكون عبده، أو أمته. رواه الدارقطني[2] وروى موقوفًا على جابر، ويكون المراد بالعبد من كان عبده مجازاً وإلا فالعبد، لا يورث بالإجماع.

وبالجملة هذه الرواية اختارها عامة الأصحاب حتى إن القاضي في الجامع الصغير والشريف في خلافه، والشيرازي، وابن عقيل، في التذكرة وابن البنا في الخصال، لم يذكروا هذا، وقال أبو الخطاب في هدايته: إنها الأظهر.

والرواية الثانية لا يتوارثان، لما تقدم من قوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر»، وغير ذلك ولأنه عليه السلام شبه الولاء بالنسب، بقوله:

---

(١) أخرجه مالك، في تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك، كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الملك: ٢/ ٥٩.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الفرائض: ٤/ ٧٤.

«الولاء لحمة كلحمة النسب» إذا لم يثبت الإرث، مع اختلاف الدين ففي الولاء أجدر، وهذه الرواية اختيار أبي محمد وعليها، إن كان للمعتق عصبة على دينه ورثه، لأن وجود العتق في نظر الشارع والحال هذه كالعدم، وإن أسلم الكافر من المعتق أو المعتق ورثه المعتق، رواية واحدة، لزوال المانع ومفهوم كلام الخرقي، أن المسلم يرث المسلم، وهو واضح، وأن الكافر يرث الكافر، ولا نزاع في ذلك إذا اتفق الدين والدار، وهو مقتضى ما تقدم من الحديث، وقصة عقيل وطالب وقصة عمر - ﷺ - ، وعن عمرو بن العاص - ﷺ- ، وعن عمرو بن العاص - ﷺ- أن النبي ﷺ قال: لا يتوارث أهل ملّتين [شتى](١) رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه (٢)، وللترمذي (٣) مثله، من حديث جابر ولم يقل [شتى] ومفهومه: أن أهل الملّة الواحدة يتوارثون، أما إن اختلفت مللهم فهل يتوارثون؟ فيه روايتان.

إحداهما يتوارثون، واختارها الخلال، وهي مقتضى كلام الخرقي، لأن الله تعالى ذكر ميراث الآباء، والأبناء، من الآباء. وغيرهم من الأقارب، ذكرًا عامًا. فلا يترك المسلم، والمسلم لا يرث الكافر، إذ قوله عليه السلام: «لا يتوارث أهل ملّتين» يحتمل على ذلك، وهو المتيقن، يعضد هذا قوله تعالى: ﴿وَالَّذينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ﴾(٤).

---

(١) في المخطوطة: «شيء» والتصحيح من لفظ الحديث بمسند الإمام أحمد: ٢/ ١٩٥.

(٢) أخرجه الأمام أحمد في مسنده: ٢/ ١٧٨، ١٩٥؛ وأبو داود في سنته، كتاب الفرائض باب هل يرث المسلم الكافر: ٢/ ١١٣؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الفرائض باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك: ٢/ ٩١٢ حديث رقم ٢٧٣١.

(٣) أخرجه الترمذي في صحيحه، أبواب الفرائض، باب لا يتوارث أهل ملّتين، وقال الترمذي «هذا حديث لا نعرفه من حديث جابر إلا من حديث ابن أبي ليلى».

(٤) سورة الأنفال: آية ٧٣.

والثانية لا يتوارثون، اختارها أبو بكر، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما لظاهر قوله عليه السلام: «لا يتوارث أهل ملّتين» ومثله يصلح للتخصيص، وأما إن اختلفت الدار، واتفق الدين، كالذميّ مع الحربيّ، فعكسه، فالمنصوص هو اختيار أبي محمد، التوارث، عملاً بظاهر الحديث، ومنع القاضي، وكثير من الأصحاب، التوارث، لانتفاء الموالاة بينهما، وعكس ذلك، لو اتفقت الدار، وأختلف الدين كحربيين، اختلف دينهما، فإن القاضي قال يتوارثان، وخالفه أبو محمد، وهو أوفق للنصوص، والله أعلم.

تنبيه: قال القاضي وعامة الأصحاب، إن الكفر ثلاث ملل: اليهودية، والنصرانية، ومن عداهم، لأن من عداهم يشملهم، أنه لا كتاب لهم.

قال أبو محمد: ويحتمل كلام أحمد أن يكون الكفر مللاً كثيرة فيكون المجوس ملّة، وعبدة الأوثان ملّة، وعباد الشمس ملّة.

قال: وهذا صح إن شاء الله تعالى لظاهر قوله عليه السلام: «لا يتوارث أهل ملّتين» قال ولم يسمع عن أحمد صريحًا بقسم الملل.

قلت: وظاهر نقل أبي البركات، أن أحمد نص على أنهم ثلاث ملل، والله أعلم.

(قال): والمرتد لا يرث أحدًا إلا أن يرجع قبل أن يقسم الميراث.

(ش): فالمرتد لا يرث أحدًا من المسلمين، ولا من الكفار، أما من المسلمين فلما تقدم من قوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر» الحديث، وأما من الكفار فلأنه لم يثبت له حكم ملّتهم لدليل أنه، لا يقر على كفره، ولا تحل ذبيحته، ولا نكاحة، ان كان امرأة فإن مات له موروث فأسلم قبل قسم الميراث، وكان ممن يقبل دخوله، فحكمه حكم الكافر الأصلي، إذا أسلم قبل الميراث على ما سيأتي، والله أعلم.

(قال): وكذلك كل من أسلم على ميراث، قبل أن يقسم قسم له.

(ش): هذا أشهر الروايتين عن أحمد، واختيار الشريف وأبي الخطاب في خلافيهما لما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم، وكل قسم أدركه قسم الإسلام فإنه على قسم الإسلام». رواه أبو داود وابن ماجه [1]، وروى سعيد في سننه من طرقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ أنه قال: من أسلم على شيء فهو له «ويروى أن عمر وعثمان - ﷺ-، قضيا بذلك، مختصر رواه ابن عبد البر في التمهيد.

والحكمة في ذلك والله أعلم: الترغيب له والحث على الإسلام، فعلى هذا إن اسلم قبل قسم البعض، ورث ما بقي، فإن كان الوارث واحدًا فتصرفه في التركة، وحيازتها بمنزلة قسمها، ذكر ذلك أبو محمد.

والرواية الثانية : لاشيء له لظاهر قوله عليه السلام: «لايرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم» وهذا حين الموت كافرًا، فلا يرث بمقتضى ظاهر الحديث، ولو زال مانع الرق قبل القسم فقال التميمي يخرج أن على الإسلام قبل القسم، وليس بشيء، فإن أحمد نص على التفرقة في رواية محمد الحكم، وامتنع الإلحاق، ثم أن الأصل هو المنع، لقيام المانع حال الموت، خرج منه الإسلام، ترغيبًا فيه، وحثًا عليه، فيبقى ما دونه على الأصل أن لا أثر فيه، ولا هو في معنى ما فيه الأثر، إذ لا شيء من الطاعات يقاوم الإسلام، ثم العتق ليس من فعل العبد فلا يرغب فيه والله أعلم.

(قال): ومن قتل على ردّته فماله فَيْء.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب فيمن أسلم على ميراث: ٢/ ١١٤؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب قسمة الماء: ٢/ ٨٣١ حديث رقم ٢٤٨٥.

(ش): هذا هو المشهور من الروايات، والمختار عند القاضي وأصحابه وعامة الأصحاب. أنه لا يرث أقاربه المسلمون، لقوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر»(١).

وقوله: «لا يتوارث أهل ملّتين» ولا أقاربه الذي اختار دينهم فإنه لا يرثهم فهم لا يرثون لما تقدم من أنه لم يثبت له حكم ملّتهم وإذًا امتنع ارث الفئتين منه تعين كون ماله فيئًا لعدم الوارث له شرعًا.

والرواية الثانية: يرثه ورثته من المسلمين جعلاً للردة بمنزلة الموت، لأنها إما أن يزيل أملاكه وإما أن يزلزلها ويصير كالمريض المخوف عليه، فيتعلق حق ورثته، إذًا ولا يزول حقهم إلا بنص، ولا نص، وقد روى عن زيد بن ثابت قال بعثني أبو بكر -ﷺ- عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم مالهم بين ورثتهم المسلمين.

قال الخلال: وهذه الرواية أشبه بقوله والرواية الثالثة: يكون لقرابته الذي اختار دينهم بشرط أن لا يكونوا مرتدين لمفهوم «لا يرث الكافر المسلم» مفهومه: أن الكافرين يتوارثان وقد رجع احمد عن هذا القول في رواية ابن منصور، وقال: وإذا غرق المتوارثان أو كانا تحت هدم فجعل أولهما موتًا ورث بعضهم من بعض.

(ش): نص على ذلك أحمد، معتمدًا على أنه قوله عمر وعلي وشريح وإبراهيم الشعبي انتهى.

قال الشعبي وقع الطاعون عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك إلىَ عمر -ﷺ-، فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض، ومعنى توريث بعضهم أن يقدر أحدهما مات أولاً، ويورث الآخر من

(١) هذا الحديث سبق تخريجه.

تركته، ثم يقسم أرثه منها على ورثته الأحياء ثم يصنع بالآخر وتركته، كذلك، فعلى هذا لو غرق أخوان، أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمر وصار مال كل واحد منها لمولى الآخر، ولو غرق أخ وأخت وخلفا أمًّا، وعمًّا، وزوجًا، فيقدر الأخ مات أولاً وخلف زوجته، وأمه، وأخته، وعمه، فللزوجة الربع، وللأم الثلث، وللأخت النصف، ولا شيء للعم، مسألتهم من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر، للزوجة الربع، ثلاثة، وللأم أربعة، وللأخت ستة، مقسومة على الأحياء، من ورثتها، وهي أمها، وزوجها، وعمها، مسألتهم ستة، وسهامها، ستة، فتصح المسألة من ثلاثة عشر، وللأم ستة، أربعة من ابنها، واثنان من ابنتها، وللزوج ثلاثة، وللعم سهم، ثم نقدر الأخت ماتت، أولاً وقد خلفت أخاها، وزوجها، وعمها، وأمها، للزوج نصف، وللأم الثلث، والباقي للأخ، وهو سهم، ولا شيء للعم، المسألة من ستة والحاصل: للأخ سهم مقسوم على ورثته الأحياء، وهم زوجته، وأمه، وعمه، مسألتهم من اثني عشر، وسهامهم عليها لا يصح، ولا يوافق فاضرب اثني عشر في سته تبلغ اثنين وسبعين، للزوجة ثلاثة وللأم أربعة، وللعم خمسة، وعلى هذا.

وخرج أبو الخطاب، ومن تبعه من توارث بعضهم من بعض وإليه ميل أبي محمد كما سعيد في سننه عن يحيى بن سعيد في قتلى اليمامة وقتلى صفين، وقتلى الحرة، لم يورثوا بعضهم من بعض، وورثوا عصبتهم الأحياء، ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد الموت الموروث، وهو غير معلوم، فامتنع التوارث للشك في شرطه، ولأن توريثهما [معًا][1] خطأ، يقينا بالإجماع، فكيف يعمل به، لأنه لا يخلوا، أما أن يسبق أحدهما أو يموتا معًا، وتوريث السابق بالموت، والميت معه خطأ يقينًا بالإجماع، فكيف يعمل به؟

(١) في الأصل «مع» وما ثبتناه لاستقامة المعنى.

فإن قيل بقي قطع [التوارث][1]. وقطع توريث المسبوق بالموت، وهو خطأ ايضًا.

قلنا هذا مخير متيقن، لأنه يحتمل موتهما جميعًا، وعلى هذا يكون كل واحد من المتعينين لمولاه في المسألة الأولى. وفي الثانية تكون مسألة الأخ من اثني عشر، للأم الثلث، أربعة، وللزوجه الربع، ثلاثة، والباقي للعم، ومسألة الأخت من ستة للأم الثلث، اثنان، وللزوجة النصف، ثلاثة والباقي للعم، انتهى.

ولو تحقق الورثة السابق وجهلوا عينه فالحكم ما تقدم قاله القاضي، وأبو البركات وقال أبو محمد: يعطى كل وارث اليقين، ويقف الباقي حتى يتبين الأمر ويصطلحوا عليه ولو علموا السابق ثم نسوه فالحكم كما لو جهلوه أولاً، وقال القاضي في خلافة لا تمتنع أن نقول هنا بالقرعة ولو علم موتهما معًا فلا توارث ولو ادعا ورثة كل ميت سبق الآخر، وتعارضت بيّنتاهما، أو لم يكن بيّنة، تحالف الورثة لإسقاط الدعوى ولم يتوارث نص عليه، وقاله الخرقي وغيره، وقال ابن أبي موسى يعين السابق بالقرعة، وقال أبو الخطاب وغيره: يتوارثان، كما لو جهل الورث حالهما ومن هذه المسألة خرج أبو الخطاب منع التوارث مع الجهل، والله أعلم.

(قال): ومن لم يرث لم يحجب.

(ش): يعني من لم يرث لانتفاء أهليته كالرقيق، والكافر، والقاتل، لم يحجب لأنه معدوم شرعًا، أشبه المعدوم حسًا، أما من لا يرث يحجب غيره فإنه

(١)في الأصل «التواريث» وما ثبتناه لاستقامة المعنى.

يحجب ولا يرث كالأخوة مع الأب فإنهم يحجبون الأم من الثلث إلى السدس، ولا يرثون بحجبهم بالأب لانتفاء أهليّتهم.

واختلف في المحجوب حجب مزاحمة لا حجب منع، ثم أهل الفرض هل يحجب غيره على وجهين، كالجدة أم الأب مع ابنها وأم الأم، إذا قلنا يحجبها ابنها، هل تحجب هي أم الأم عن نصف السدس؟ على وجهين ويستثنى من ذلك المحجوب حجب المزاحمة من العصبات فإنه يحجب غيره، وإن لم يرث، كولد الأب، في باب الجد فإن ولد الأبوين يعادونه بهم وهم مع ذلك يحجبون بولد الأبوين والله أعلم.

﴿كِتابُ الوَلاء﴾

(ش): الولاء - بفتح الواو - ممدودًا. ولاء، العتق.

ومعناه إذا عتق نسمة صار لها عصبة في جميع أحكام التعصيب عند عدم العصبة من النسب من الميراث، وولاية النكاح وغير ذلك.

وثبوته في الجملة بالإجماع وقد قال ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[1] وعن عبد الله بن دينار عن ابن عمر -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ أنه قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب»[2] رواه أبو يعلي الموصلي وأبو حاتم البستي وتكلم فيه البيهقي وغيره ورواه الطبراني من رواية نافع عن ابن عمر ورواه الخلال عن عبد الله بن أبي أوفى.

(قال): والولاء لمن أعتق وإن اختلف ديناهما.

(ش): صح أن النبي ﷺ قال: «الولاء لمن أعتق» وفي رواية لمسلم وغيره: «إنما الولاء لمن أعتق»[3] وللبخاري في رواية الولاء لمن أعطى الورق وولي

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض باب في الولاء: ٢/ ١١٤؛ وابن ماجه في سننه، كتاب العتق، باب المكاتب: ٢/ ٨٤٣ حديث رقم ٢٥٢١.

(٢) أخرجه الدارمي في سننه، كتاب الفرائض، باب بيع الولاء: ٢/ ٣٩٨؛ والبيهقي في سننه، كتاب الولاء، باب من أعتق مملوكًا له: ١٠/ ٢٩٢.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحة، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق: ٤/ ٢١٣.

النعم»[1] وعموم هذه الألفاظ تقتضي بأن الولاء يثبت لكل معتق وإن اختلف الدين، ولا نزاع فيه ذلك ويرشحه قول عليّ: الولاء شعبة من الرق والله أعلم.

(قال): ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء.

(ش) لما كان الخرقي أولاً عامًا في كل عتق، أستثنى من ذلك العتق سائبة ومعنى العتق سائبة أن يعتقه ولا ولاء له عليه.

وأصله من تسيب الولدان ولا نزاع في صحة العتق وإنما النزاع في ثبوت الولاء للمعتق، وفيه روايتان حكاهما الشيخان، المشهور منهما، والمختار للأصحاب، حتى إن القاضي في جامعة الصغير والشريف وابن الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وابن عقيل، في التذكرة وابن البنا وغيرهم، لم يذكروا خلافًا أنه لا ولاء له، لأن ابن عمر - رضي الله عنهما - أعتق عبدًا له سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقابًا فأعتقهم وعلّله أحمد بأنه جعله لله، فلا يجوز أن يرجع إليه منه شيء.

والرواية الثانية الولاء اختارها أبو محمد للعمومات المتقدم وعن هذيل بن شرحبيل قال جاء رجل إلى عبد الله قال إني أعتقت عبدًا لي، وجعلته سائبة وترك مالاً ولم يدع وراثًا فقال له: إن أهل الإسلام لا يسيبون وإنما كان أهل الجاهلية يسيبون، وأنت وليّ نعمته ولك ميراثه، وإن تمانعت وتحرّجت عن شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال رواه البرقاني على شرط الصحيح وللبخاري أن أهل الإسلام لا يسيبون وأن أهل الجاهلية كانوا يسيبون وقال سعيد: حدثنا هاشم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة هو للذي أعتقه والله أعلم.

(١) أخرجه البخاري في فتح الباب بشرح صحيح البخاري، كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته: ٥/ ١٢٦

(قال): وإن أخذ من ميراثه شيئًا جعله في مثله.

(ش): لما قال إن العتق سائبة لا ولاء له يبيّن حكم ميراثه.

والمعروف المشهور أنه يصرف في مثله من الرقاب اتباعًا لما تقدم عن ابن عمر ونظرًا إلى أنه جعله محضًا لله تعالى فتختص به هذه الجهة، وعلى هذا هل ولاية الاعتاق للسيد لأنه المعتق أو للإمام لأنه النائب عن الله؟ فيه روايتان، وكلام الخرقي أنه خير السيد بين أخذ المال، وصرفه في مثله، وبين تركه.

وعن أحمد رواية: أن ماله لبيت المال لأنه لا وارث له فيكون ماله لبيت المال، ويتفرع على هذا إذا مات السائبة، وخلف بنته ومعتقه فعلى القول بأن لسيّده عليه الولاء، المال بينهما، نصفين، لها النصف بالفرض، وللمعتق النصف بالولاء، وعلى القول بأن ماله لبيت المال، الجميع للبنت بالفرض والرد، إذًا الرد مقدم على بيت المال وعلى القول بأن ماله ميراث يصرف في العتق، إذ جهة العتق هي المستحقة للولاء، والله أعلم.

(قال): ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه.

(ش): قد روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رواه الخمسة إلا النسائي وفي لفظ أحمد فهو عتيق، ولأبي داود عن عمر بن الخطاب موقوفاً مثل حديث سمرة (١).

وعن أحمد رواية أخرى: لا يعتق إلا عمود النسب ولا عمل عليها.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم: ٢/ ٣٥١؛ والترمذي في صحيحه، أبواب الأحكام، باب من ملك ذا رحم محرم: ٧/ ٩٧؛٩٨، وابن ماجه في سننه، كتاب العتق، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر: ٢/ ٨٤٣، ٨٤٤ حديث رقم ٢٥٢٤، ورقم ٢٥٢٥.

وأخرجه الأمام أحمد في مسنده باللفظ نفسه: ٥/ ٢٠، وبلفظ: «فهو عتيق» أيضًا في مسنده: ٥/ ١٨.

وقول الخرقي ومن ملك ذا رحم، أي ذا قرابة فيخرج غير القريب وان كان محرمًا عليه كالأم ونحوها من الرضاع والربيبة وأم الزوجة فأنهم لا يعتقون، للحديث، وقد روي عن الزهري أنه قال: جرت السنّة أن يباع الأخ والأخت من الرضاع.

وقوله: محرم، يخرج ذا الرحم غير المحرم كأبن الأخ ونحوه، فإنه لا يعتق إذا ملكه للحديث وضابط ذلك: أنك تقدر أحدهما رجلاً، والآخر امرأة، ثم تنظر فإن حرم النكاح فإنه من الرحم المحرم، وإلا فلا، ومقتضى كلام الخرقي أنه لو ملك ولده من الزنا، لم يعتق عليه، لانقطاع نسبة منه، وليس برحم له شرعًا، وهو المنصوص، وعليه الأصحاب، وحكى أبو الخطاب في الهداية احتمالاً بالعتق على قياس قوله في تحريم نكاحها، وفرق ابن عقيل، بأن التحريم يثبت مع الشبة الواقعة بين الأشخاص، والعتق بخلافه، فلو اشترى عبدًا من بين أعبد فيهم أخوه، لم يعتق حتى يتيقن أنه أخوة، ولو اشترى أمه من أماء فيهن أخته، لم يجز له وطئها لجواز أن تكون أخته، والله أعلم.

(قال): وكان له ولاءه.

(ش): إذا ملك ذا الرحم المحرم عتق عليه وكان له ولاؤه، لأنه عتق ماله بتسبيب فعله، أشبه ما لو باشر عتقه.

(قال): وولاء المكاتب والمدبر، إذا عتقا لسيدهما.

(ش): ولاء المدبر لأنه معتقه فيدخل تحت قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[1] وولاء المكاتب لمكاتبه، بدليل قصة بريرة فإن مواليها أبوا أن يبيعوها إلا أن يكون لهم الولاء، فقال النبي ﷺ: لعائشة: «اشتريها، واشترطي لهم

(١) الحديث سبق تخريجه.

الولاء»[1] وهذا دليل على ان الولاء لهم، لو لم تشتريها عائشة وذكر الخرقي - رحمه الله - هذه المسئلة إشارة إلى خلاف بعض العلماء، والله أعلم.

(قال): ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره، أو عن ميت فالولاء اللمعتق.

(ش): أما إذا أعتقه عن حي بلا أمره، فإن العتق والولاء يقعان على المعتق بلا خلاف نعلمه، عندنا لأن من شرط صحة العتق الملك، ولا ملك للمعتق عنه، والولاء تابع للملك، وأما إن أعتقه عن ميت، فلا يخلوا أما أن يكون في واجب عليه، أم لا، فإن كان في واجب عليه فإن العتق يقع عنه لمكان الحاجة إلى ذلك، وهي الاحتياج إلى براءة ذمته أما الولاء فقال أبو البركات تبعًا للقاضي: يثبت الولاء أيضًا له، قال أبو العباس: بناء على الكفارة ونحوها ليس من شرطها دخولها في ملك المكفر عنه، واطلق الخرقي وأثر الأصحاب: أن الولاء للمعتق، قال أبو العباس بناء على أن دخول الكفارة ونحوها في ملك من ذلك عليه، وان كان غير واجب كان للمعتق لانتفاء ما تقدم، والله أعلم.

(ش): وإن أعتقه عنه بأمره، فالولاء لمن أعتق عنه بأمره.

(ش): إذا أعتق عبده من غير بأمره، فله ثلاث حالات، قد شملها كلام الخرقي.

أحدهما: إذا قال أعتقه عني وعليّ ثمنه فهذا يكون العتق والولاء له بلا نزاع كأنه استدعى منه، بيعه بثمن مثله، ووكله في عتقه، ويصرح بذلك.

---

(١) أخرجه البخاري في فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروط من البيع لا تحل: ٤/ ٤٩٩، وكتاب الشروط، باب الشروط في الولاء: ٥/ ٣٤٩؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق: ٤/ ٢١٤، ٢١٥.

والثاني: إذا قال: أعتقه عني، وأطلق، فهل يلزمه العوض كما لو صرح بذلك إذًا الغالب في انتقال الأملاك أن تكون بعوض، أو لا يلزمه ذلك لأنه إلزام ما لا يلزمه رعايته؟ إنَّ طلب العتق عنه، يستدعي الملك قد يكون بعوض وبلا عوض، فإن قلنا يلزمه العوض، فحكمه حكم ما لو صرح بلزومه على ما تقدم.

وإن قلنا: لا يلزمه فحكمه حكم ما لو صرح به بنفيه على ما سيأتي.

والثالث: إذا قال أعتقه عني مجانًا فهنا لا يلزمه بلا نزاع، ثم هل يكون العتق والولاء للسائل؟وهو ظاهر [الخرقي] واختيار القاضي في التعليق نظرًا إلى أن العتق عنه يستدعي الملك، وذلك كما يحصل بالبيع، يحصل بالهبة فكأنه طلبها منه، فأجابه إلى ذلك أو تقول العتق عنه لا يتوقف صحته عنه على الملك بل على الإذن في ذلك، أو يكون إنابة للمسئول نظرًا إلى أنه لا بدّ من الملك، وأن الملك لا يحصل بذلك والله أعلم.

(قال): ومن قال أعتق عبدك عني، وعلي ثمنه، فالثمن عليه، والولاء للمعتق.

(ش): إنما لزم الثمن للقابل، لأنه جعل جعلاً لمن عمل عملاً، وهو العتق، وقد عمل بذلك، فيلزمه وإنما الولاء للمعتق، لدخوله تحت قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» والمعتق: هو المسئول لا السائل لأنه لم يطلب العتق عنه، والله اعلم.

(قال): ومن أعتق عبدًا له أولاد، من مولاه لقوم، جرَّ معتق العبد ولاء أولاده.

(ش): صورة هذه المسئلة إذا أعتقها وزوجها بعبد فولدت منه أولادًا فإنهم يكونوا أحرارًا، ويكون ولاؤهم لمولى أمهم، لأنه المنعم عليهم، حيث عتقوا بعتق أمهم، ثم إن أعتق العبد سيده بعد ذلك، ولاؤه جرَّ ولاء أولاده، عن مولى أمهم، في قول الجمهور من الصحابة وغيرهم، لأن الولاء نسبة

بالنسب والأنساب إلى الأب، فكذلك الولاء بدليل ما لو كانا حرّين، وإنما ثبت الولاء الموالي الأم لضرورة ثبوته لموالي الأب، وقد زال المانع فيعمل المقتضى عليه، وصار هذا كولد الملاعن إن تعذر انتسابه إلى الأب لانقطاع نسبة باللعان، انتسب إلى الأم، وعصباتها فكانوا عصباته فلو استلحقه الأب بعد ذلك لحقه الأب، وصار عصبة له وزال التعصيب، عن الأم وعصباتها وقد روي عن الزبير أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعسًا فأعجبه ظرفهم وجمالهم، فسأل عنهم فقيل موالي رافع بن خديج، وأبوهم رقيق لآل الحرقة، فاشترى الزبير أباهم، فأعتقه وقال لأولاده، انتسبوا لي، فإن ولاءكم لي، فقال رافع بن خديج الولاء لي فإنهم عتقوا بعتقي وأمهم، فاختصموا إلى عثمان - رضي الله عنه -، فقضى بالولاء للزبير ولم ينقل إنكار ذلك فيكون بمنزلة الإجماع.

واللعسا: سواد الشفتين، يستحسنه العرب، وقد خص الخرقي - رحمه الله - الجر، بعتق الأب، فظاهر كلامه أنه لا يحصل الجر بعتق الجد، وهو المشهور والمختار للأصحاب من الروايات إذ الأصل بقاء الولاء، لموالي الأم، خولف ذلك لقضاء الصحابة فيبقى فيما عداه على الأصل.

والثانية تجره ثم أن أعتق الابن بعد الجر الولاء إليه منه، وإلا بقي له، لأن الأب كالجد في التعصيب وأحكام النسب فكذلك في الولاء.

والرواية الثالثة: أن أعتق والأب ميت جر الولاء، وإن أعتق والأب حي لم يجره بحال وحكاها الخلال، لأن الجد والحال ما تقدم تحقق قيامة مقام الأب في الإرث، وولاية النكاح، وغيرهما، فكذلك في الولاء بخلاف ما لو كان حيًّا.

وعنه رواية رابعة: تجرّ الولاء إن أعتق والأب ميت، وإن أعتق والأب حي لم تجره حتى تموت الأب قنا، فيجره من حين موت الأب، حكاها أبو بكر في الشافي انتهى.

وحيث قيل بالجر فلا فرق بين الجد القريب والبعيد.

قال أبو محمد: ومقتضى هذا أن العبد إذا جر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه، ثم إن عتق الأب جر الولاء، لأن كل واحد يحجب من فوقه، ولو لم يعتق الجد وولده مملوك فتزوج مولاه لقوم، فولاء ولده لمولى أمهم وعلى القول تجر الجد المولى، يكون لمولى الجد فلو كان الجد من الأصل لا مولى فلا ولاء على ولد ابنه، فإن عتق ابنه بعد، لم يعد على ولده ولاء لأن الحرية ثبتت له من غير ولاء، والله أعلم.

«باب ميراث الولاء»

(ش): أي باب الميراث بالولاء إذ قاعدة الخرقي على ما سيأتي إن شاء الله تعالى أن الولاء لا يورث، وإنما يورث به، فيكون من باب إضافة الشيء إلي سببه لأن سبب الميراث الولاء، كما يقال دية القتل العمد، وقد يجرى لفظه على ظاهره، إذ أصل كلامه باب ميراث الولاء، وهو شيئان، أن حكمه عنده أنه لا يور ث. انتهى.

ولا نزاع في ثبوت الميراث بالولاء في الجملة، وقد استطاعت السنّة بذلك، والله أعلم.

(قال): ولا يرث النساء من الولاء، إلا ما أعتق أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن وقد روي عن أبي عبد الله في بنت المعتق خاصة، أنها ترث، لما روي عن النبي ﷺ أنه ورث بنت حمزة من الذي أعتقه حمزة.

(ش): الراوية الأولى هي المشهورة عن الإمام أحمد، واختيار أبي بكر وأبي محمد وغيرهما وغالي أبو بكر فوهم أبا طالب في الرواية الثانية، وذلك لما روى

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال «ميراث الولاء للأكبر من الذكور ولا ترث النساء من الولاء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن»(١) ولأن هذا قول عامة العلماء من الصحابة والتابعين، والأئمة إلا شريحًا، وقد روى ذلك عن عمر، وعثمان، وعليّ وبن مسعود، وزيد، وابن عمر وأبي مسعود البدري، وأسامة بن زيد، وأبي بن كعب - رضي الله عنهم -، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم، فكان إجماعًا أو حجة، ولأن الولاء شبه بالنسب فالمولى المعتق من المولى المنعم بمنزلة أخيه أو عمه فأولاد المولى المنعم بمنزلة أولاد الأخ المعتق، وأولاد عمه وأولاد الأخ وأولاد العم لا يرث منهم إلا الذكور.

والرواية الثانية: اختارها أبو الخطاب في خلافة، وإليها ميل أبي البركات في المنقي، ونص عليها أحمد في رواية أي طالب، محتجًا بحديث بنت حمزة: مات وترك ابنه وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف، وبنت حمزة النصف، رواه الدارقطني.

وقد اعترض هذا بأن الولاء إنما كان لبنت حمزة، كذا قال أحمد في رواية القاسم وسئله: هل كان المولى لحمزة، أو لابنته؟ فقال: رواه ابن ماجه(٢) عن محمد بن عبد الرحمن ابن ليلى عن الحكم عن عبد الله بن شداد، عن بنت حمزة وهي أخت ابن شداد لأمه، قالت: مَاتَ مَوْلاَيَ، وَتَرَكَ ابْنَةً، فَقَسَمَ النبي ﷺ مَالَهُ بَيْني وَبَيْنَ ابْنَتِهِ، فَجَعَلَ لِيَ النِّصْفَ وَلَهَا النِّصْفَ.

وأجيب: بأن ابن أبي ليلى فيه ضعف، وأن صح فمن المحتمل تعدد الواقعة، فلا تعارض ولو سلم الاتحاد، فيحتمل أنه أضيف مولى الوالد إلى

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه، كتاب الفرائض، باب ما للنساء من الولاء: ٢/ ٣٩٦.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب ميراث الولاء ٢/ ٩١٣، حديث رقم ٢٧٣٤.

الولد، بناء على أن الولاء ينتقل إليه وأنه يرث به، إذا تقرر هذا فمحل الخلاف في غير ما أعتقه، أو أعتق من أعتقه، أو كاتبه أو كاتب من كاتبه، أما في هذه الأشياء فيرثن بلا نزاع، كما تضمنه الدليل السابق، وقصة بريرة مع عائشة، فإن عائشة اشترطت الولاء، وقال النبي ﷺ في ذلك «إنما الولاء لمن أعتق» والسبب مراد من العموم بلا ريب، ويستثنى أيضًا عتق ابنها، إذا كانت ملاعنة على القول بأنها عصبته،ولنذكر أمثلة لمحل الخلاف فمنها: إذا مات المعتق وخلف ابن معتقه وبنت معتقه، فالمال لابن معتقه دون أخته، على الرواية الأولى، وعلى الثانية بينهما أثلاثًا ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه فلا شيء للبنت، وجميع المال لابن عم المعتق، وعلى الأولى للبنت النصف والباقي لابن العم.

ولو خلف المعتق بنته وبنت معتقه فالمال جميعه لبنته، على الأولى بالفرض، والرد.

وعلى الثانية لبنته النصف، ولبنت معتقه النصف تقضيه النصف في بنت حمزة، ولو كانت بدل بنت معتقه، أخت معتقه فلا شيء لها، رواية واحدة والله أعلم.

(قال): والولاء لأقرب عصبة المعتق.

(ش): الميراث ثابت ومستقر للمعتق، ثم لأقرب عصبته؛ من بعده لما روى الإمام أحمد عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال: «المولى الأخ في الدين ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالعتق» ولأنّ عصبات الميت يرث منهم الأقرب فالأقرب وكذلك عصبات المولى، فعلى هذا لو مات المعتق، وخلف ابنه وأخاه كان الولاء [لابنه][1] ولو خلف أخاه وعمه، كان الولاء لأخيه وعلى هذا يرث

(١) في النسخة «ب»: «لأبيه» وما أثبتناه هو الصحيح.

الأقرب فالأقرب، من العصبات، ولا يرث فرض ذوي ولاء ما يستثنى ولاء ذوي رحم، والله أعلم.

(قال): وإذا مات المعتق، وخلف أبا معتقه، وابن معتقه، فلآبي معتقه السدس، وما بقي فللابن.

(ش): هذا الاستثناء مما تقدم، وقد نص عليه أحمد فيما تقدم، وهو المشهور تشبيهًا لهما في أرث المعتق بأرث معتقه.

وقيل: لا يفرض للأب والحال هذه شيء، يستثنى بل الجميع للابن لما تقدم، من أن الولاء لأقرب العصبة، انتهى.

وحكم الجد حكم الابن وحكم ابن الابن حكم الابن وقد يدخل ذلك في كلام الخرقي، والله أعلم.

(قال): وان خلف أخا معتقه، وجدّ معتقه كان الولاء بينهما نصفين.

(ش): لأنهما يرثان المعتق، كذلك فيرثان مولاه، على ذلك ولو كثرت الأخوة، كما لو كانوا ستة فأكثر، فأنه يفرض للجد السدس، لأنه أحظّ له، والباقي لهم بناء على ما تقدم في قاعدة الجد مع الأخوة هذا هو المشهور.

وعلى القول الثاني، في التي قبلها لا يفرض له معهم أصلاً بل يكون كأحدهم، وإن كثروا، ويعادونه بولد الأب، لأنه يرث منفردًا، ولا يعادونه بالأخوات لأنهن لا يرث منفردات، وهذا مقتضى قول أبي محمد في الكافي، والمغني، هذا كله إذا ورثنا الأخوة مع الجد، أما إذا لم نورثهم معه، وجعلنا الجد كالأب فالولاء للجد، دون الأخ، والله أعلم.

(قال): وإذا هلك رجل، وخلف ابنين، ومولى، فمات أحد الأبنين بعده، عن ابن ثم مات المولي فالولاء لابن معتقه، لأن الولاء للكبير، ولو هلك الابنان

بعده وقبل مولاه، وخلف أحد الابنين ابنًا، وخلف الآخر تسعة، كان الولاء بينهم على عددهم، لكل واحد منهم عشرة.

(ش): هذا مبني على أصل قد أشار إليه الخرقي، وهو أن الولاء يورث به، ولا يورث وهذا معنى كونه للكبير، معنى أنه يورث بأقرب عصبة السيد إليه، يوم مات عتيقه لا يوم مات السيد، وهذا المختار للأصحاب والمشهور من الروايتين، وعن أبي بكر أنه غلط من روى الثانية، وقد قال أحمد في رواية ابنه صالح حديث عمر عن النبي ﷺ: «ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته»[1] من كان هكذا يرويه عمرو بن شعيب وقد روى عن عمر، وعثمان، وعليّ، وزيد، وابن مسعود، أنهم قالوا: الولاء للكبر فهذا الذي ذهب إليه وهو أكثر الناس انتهى.

وقد أبان أحمد عن حجته في ذلك وهو قول هؤلاء الذين هم أكابر الصحابة، وقد رواه مالك في موطأه عن عثمان، رواه سعيد عن الأربعة الباقين ويحكى أيضًا عن عمر وأبيّ بن كعب، وأبي مسعود البدري، وأسامة ابن زيد - رضي الله عنهم - لما تقدم من قوله عليه السلام: «المولى أخ في الدين ومولى نعمة أولى الناس بالعتق»[2]، ولأن الولاء شبيه بالنسب، والنسب يورث به، ولا يورث كذلك الولي، وعن أحمد رواية أخرى يورث الولاء كما يورث المال، وهو قول شريح، ويحكى عن عمر، وعليّ، وابن عباس، والمشهور عن عمر وعليّ خلاف ذلك، ومعتمد هذه الرواية، ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال تزوج رئاب بن حذيفة ابنة سعيد بن سهم، أم وائل بنت معمر

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ١/ ٢٧؛ وابن ماجه في سننه، كتاب الفرائض، باب ميراث الولاء: ٢/ ٩١٢ حديث رقم ٢٧٣٢؛ وأبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب الولاء ٢/ ١١٤، ١١٥.

(٢) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الولاء، باب الولاء الكبير: ١٠/ ٣٠٤.

الحجب، فولدت له ثلاثة فتوفيت أمهم، فورثها رباعها، وولاء مواليها، فخرج بهم عمرو بن العاص معه إلى الشام فماتوا في طاعون عمواس فورثهم عمرو، وكان عصبتهم فلما رجع عمرو جاء بنو معمر وحبيب يخاصمونه في ولاء أختهم، إلى عمر بن الخطاب فقال: أقضي بينكم بما سمعت رسول الله ﷺ يقول ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبة من كان فقضى لنا به وكتب له كتابًا أن شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت، وقد تنازع ابن ماجه وأبو داود والنسائي [1] وابن المديني وقال: هو من صحيح ما يروى عن عمر، وقد ينازع في الاستدلال بهذا الحديث فإن الحجة في قوله عليه السلام، وقوله عليه السلام: «ما أحرز الوالد والولد، فهو لعصبته وهذا صحيح، فإن ما أحرزه من المال فهو لعصبته، أما الولاء فإن لم يحوزه بل هو باق للميت والعاصب يرث به، وما فهمه عمر في الحديث قد نقل عنه خلافه، كما حكى ذلك الإمام أحمد، والشعبي ويعضد هذا التأويل، أو يعينه فقول عامة الأصحاب والعلماء قول العامة إن لم يكون اجماعًا على الأشهر فهو حجة، على الأشهر.

إذا تقرر هذا الأصل وهو أن الولاء يورث به، ولا يورث أبنيا عليه المسئلتان اللتان ذكرهما الخرقي.

أحدهما إذا مات رجل عن ابنين فمات أحد الابنين بعده عن ابن، ثم مات المولى، فالولاء لابن معتقه لأن ابن المعتق هو أقرب الناس إليه يوم مات المعتق، وقد نص أحمد على ذلك في رواية أبي طالب.

والرواية الأخرى: أن يكون الولاء بين المعتق وابن ابنه نصفين فإذا مات أحدهما انتقل نصيبه إلى ابنه.

---

(١) سبق تخريجه.

المسئلة الثانية: إذا هلك ابنان بعد موت أبويهما وقبل موت المعتق وخلف أحد الابنين ابنًا، وخلف الآخر تسعة فعلى المذهب نص عليه أحمد في رواية منصور: الولاء بينهم على عددهم لكل واحد عشرة لأن الجميع في القرب إلى السيد يوم مات المعتق على حد سواء.

والرواية الأخرى نص عليها أحمد هنا في رواية بكر بن محمد: لابن الابن النصف، إرثا عن أبيه، والنصف الآخر على بني الابن الآخر على تسعة، وتصح من ثمانية عشر والله أعلم.

(قال): ومن أعتق عبدًا فولاؤه لابنه، وعقله على عصبته.

(ش): يعني إذا أعتق عبدًا، ثم مات المعتق فإن ولاءه لابن سيده، إذ لم يكن له وارث سواه، من النسب وعقله على عصبة ابن سيده، ولأن العقل على العصبة، وسيأتي إن شاء الله تعالى، أن هؤلاء العصبة عليّ والزبير لأقرب العصبة، والابن أقربهم، وقد روى إبراهيم قال اختصم عليّ والزبير في موالي صفية، فقال عليّ: موالي عمتي وأنا أعقل عنه وقال الزبير موالي أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث، وقضي على عليّ بالعقل رواه سعيد في سننه، وذكره الإمام أحمد.

وقول الخرقي أن للابن والعقل على العصبة مبني على أن الابن ليس من العاقلة وهو مقتضى كلام الخرقي، ومتى جعل الابن من العاقلة كالرواية الأخرى نقول الولاء له، والعقل عليه، ومن يجعل الابن عاقلة للأب دون الأم كمختار أبي البركات يقيد هذه المسئلة بما إذا كان المعتق امرأة، كما قيدها أبو محمد والله أعلم.

﴿كِتابُ الوَديعَة﴾

الوديعة، فعلية، بمعنى مفعولة من الودع، وهو الترك أي متروكة، عند المودع.

وفي مسلم عن النبي ﷺ لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات[1]، في النسائي، عن النبي ﷺ: «اتركوا الترك ما تركوكم ودعوا الحبشة ما ودعوكم»[2] وهي جائزة بالإجماع، [وسند ذلك] [3] قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ﴾[4] الآية. وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «أد الامانة إلي من ائتمنك ولا تخن من خانك» رواه الترمذي وأبو داود وحسنه[5]

(قال): وليس على مودع ضمان إذا لم يتعد.

(ش): ليس على المودع ضمان، إذ لم يتعد لأنه محسن، فيدخل تحت وقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[6] وأمين، فيدخل في قوله عليه السلام: «لاضمان على مؤتمن»، رواه الدارقطني[7].

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب المساجد الجماعات، باب التغليظ في التخلف عن الجماعة: ١/ ٢٦٠ حديث رقم ٧٩٤.

(٢) الحديث في سنن أبو داود، كتاب الملاحم، باب في قتال الترك: ٢/ ٤٢٧؛ وفي سنن البيهقي: ٩/ ١٧٦.

(٣) في النسخة الخطية [وسنذكر] ولعلها تحريف من الناسخ وما أثبتناه لاستقامة المعنى.

(٤) سورة النساء: آية ٥٨.

(٥) رواه الترمذي في صحيحه. كتاب البيوع: ٣/ ٣٥؛ والدّرامي في سننه، كتاب البيوع: ٢/ ٢٦٤؛ ومسند أحمد: ٣/ ٤١٤.

(٦) سورة التوبة: آية ٩١.

(٧) الحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن: ٦/ ٢٨٩.

ثم لو قيل بالضمان لا نتفى الوقف العظيم، لامتناع العاقل في الدخول فيها ضررا، أو لا فرق أن تتلف مع ماله، أو دون ماله، على المذهب.

وعنه: ان تلف دون ماله ضمن، لأنه يروي أن عمر ضمن أنسا وديعة تلفت دون ماله، وينبغي أن يكون محل هذه الرواية فيما إذا أدعى التلف.

والحال هذه فإنه لا يقبل منه المكان التهمة، أما ان ثبت التلف فإنه ينبغي انتفاء الضمان رواية واحدة.

أما أن تعدى فإنه خرج من حيز الأمانة إلى حيز الخيانة فيضمن بلا نزاع، والله أعلم.

(قال): فإنه خلطها بماله وهي لا تتميز من ماله، أو لم يحفظها كما يحفظ ماله، أو أودعها غيره فهو ضامن.

(ش): لما ذكر أنه أن تعدى فيها ضمن، ذكر ثلاث صور من صور التعدي.

أحدهما: إذا خلطها بماله، والحال أنها لا تتميز مما خلطت به كما لو خلط زيت بزيتًا أو بشيرج أو برًا ببِر أو دراهم بدراهم، ونحو ذلك لأنه صيرها في حكم التالف. وفوت على نفسه ردها فضمنها كما لو ألقاها في لجة بحر، وعن أحمد في رجل أعطى رجلاً درهمًا يشتري به شيئًا فخلطه مع دراهم فضاعا. وقال ليس عليه شيء ذكره القاضي فيما انتقاه من رواية عبد الله بن محمد بن عبد العزيز البغوي.

وحكم خلطها بمال غيره حكم خلطها بمال نفسه وإنما ذكر الخرقي في ماله اعتمادًا على الغالب.

الصورة الثانية إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله ان يحرزها في حرز، مثلها أو أعلى منه، ويذكر ذلك إن شاء الله تعالى في القطع في السرقة، وهذا إذا لم يعين له المال حرزًا، أما ان عين حرزًا فإنه يتمثل، وان كان دون حرزها، فإن خالف فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

الصورة الثالثة إذا أودعها عند غيره وله حالتان.

إحداهما: أن يفعل ذلك بغير عذر ولا إشكال في تضمينه إذا لأنه متعد إذ لفظ مالكها انما تضمن أن يحفظها بنفسه لا بغيره.

قلت ويتخرج عدم الضمان بدفعها إليه إذ لم ينهه، بناء على رواية جواز توكيل الوكيل، وليس من إيداعها لغيره لمن جرت عادته يدفعها إليه كزوجته، لأن ذلك مما يحفظ به مال، فهو داخل فيما تقدم، وهذا منصوص أحمد وعليه الأصحاب.

وفيه وجه آخر يلي فيضمن ذكره ابن أبي موسى.

الحالة الثانية: أودعها عند غيره لعذر كما أراد سفرًا غير مأمون أو كان الترك أحرزها، أو استوى الأمران، فيه وجه أو خاف عليه منْ حريق أو ظالم، ونحو ذلك ولم يجد ربها، ولا وكيلة، فيجوز، ولا ضمان عليه لمكان العذر، ثم هل يتعين الحاكم مع القدرة عليه وهو المذهب المقطوع به عند الأصحاب، أو لا يتعين، ويكفي إيداعها عند ثقة؟ وهو احتمال ولأبي محمد في المغني فيه قولان، قال القاضي: وقد أطلق أحد القول في رواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث لا يودعها لغيره إذا خاف عليها قال: وهذا محمول على المقيم في البلدان والمسافر إذا وجد حاكمًا فعدل عنه، والله أعلم.

(قال): فإن كانت غله فخلطها في صحاح أو صحاحًا فخلطها في غلة فلا ضمان.

(ش): الغلة هي المكسرة فإن خلطها في صحاح، أو بالعكس فلا ضمان عليه، لأنها تتميز فلا يتعذر ردها وهذا هو المذهب المنصوص في رواية أبي طالب، ونقل عن ابن منصور فيمن خلط دراهم بيضاء بسوداء يضمنها، فأجرى ذلك صاحب التلخيص وغيره في كل ما يتميز، وخصها أو محمد بصورة النص، لاحتمال كسبها سوادا ويتغير لونها فتبيض.

(قال): ولو أمره أن يجعلها في منزله، فأخرجها من المنزل لغشيان نار، أو سيل أو شيء الغالب منه [البوار][1] فلاضمان عليه.

)ش): إذا أمره أن يجعل الوديعة في محل فجعلها فيه فلا ضمان عليه، وان كان دَون حرز مثلها لأنه ممتثل غير مفرط، وأن أخرجها عن المحل لشيء نزل بها من نارًا أو سيل ونحو ذلك مما الغالب فيه الهلاك، فلا ضمان عليه لأنه مأمور بحفظها، وحفظها في إخراجها إذًا فلا تفريط، وهل يتعين الإخراج بحيث إذا تركه ضمن؟ لا يخلو من ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يعين له الحرز ولا ينهاه عن الإخراج كعودة الكتاب فهنا يتعين عليه الإخراج والحال ما تقدم بحيث لو تركه ضمن، وان تلفت بغير ذلك الحادث لأنه يعد إذًا مفرطًا، فيضمن، لتفريطه.

الثانية: عين له الحرز وقال: لا تخرجها وان خفت عليها فأخرجها والحال ما تقدم أو تركها، فلا شيء عليه، لأنه ان أخرجها فقد زاده خيرًا بحفظها، إذ المقصود من هذا الكلام المبالغة في حفظها وان تركها فلا شيء عليه، لأنه ربما صرح له بتركها مع الخوف، فكأنه رضي بالإتلاف.

الثالثة: عين الحرز ونهاه عن الإخراج، ولم يقل: وان خفت عليها، فيجوز الإخراج مع الخوف بلا ريب وهل يضمن، إذا ترك؟ فيه وجهان.

---

(١) كلمة غير وضحة في مصورة لمخطوط، وأثبتها من مختصر الخرقي والمغني والشرح الكبير.

أحدهما: لاضمان لامتثاله أمر صاحبها.

والثاني: وهو مقتضى ما جزم به صاحب التخليص وأورده في الكافي مذهبًا: عليه الضمان، لأنه النهي للاحتياط عليها، والاحتياط إذًا نقلها فإذا تركها فقد فرط إذًا. انتهى. ومفهوم كلام الخرقي أنه متى أخرجها بلا خوف عليا، مع تعيين المالك الحرز لها ضمن، ولا نزاع في ذلك ان اخرجها لحرز دون الذي عينه مالكها، وفيما إذا اخرجه لمثله، أو أعلى منه ثلاثة أوجه.

أحدها: يضمن مطلقا كما هو ظاهر كلام الخرقي، وظاهر كلام أحمد أيضًا قال في رواية حرب وغيره إذا خالف في الوديعة فهو ضامن، وذلك لأنه خالف أمر صاحبها من غير حاجة أشبه ما لو نهاه.

والثاني: لا يضمن مطلقا قاله القاضي، وابن عقيل، لأن مثل الشيء يساوى الشيء فيعطى حكمه.

والثالث: ان نقلها إلى أعلا لم يضمن زاده خيرًا، وان نقلها إلى المساوي، ضمن لعدم الفائدة في ذلك.

قال في التلخيص: وأصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل وبين تلفها بغيره وعندي أنه إذا حصل تلف بسبب النقل كانهدام البيت المنقول إليه ضمن.

تنبيه: الغشيان مصدر غشي الشيء غشيانًا نزل به، والبوار مصدر الهلاك.

(قال): وإذا أودعه شيئًا ثم سأله دفعه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن.

(ش): إذا أودعه شيئًا ثم سأله دفعه إليه لزمه ذلك، لأمر الله سبحانه، ورسوله ﷺ بذلك فأشبه الغاصب، أما ان لم يكن ردها لبعدها، أو لمخافة من طريقها ونحو ذلك فلا ضمان عليه، لأنه لا يتوجه الأمر إليه، والحال هذه

والالزام: تكليف ما لا يطاق، وإذا لم يتوجه الأمر يتوجه الأمر إليه فلا ضمان عليه، لانتقاء تعديه، اما ان اخر لحاجة له مع إمكان الرد كما إذا كان في حمام أو على طعام، إلى الفراغ، فظاهر كلام الخرقي الضمان، وصرح به في التلخيص إناطة للحكم بإمكان الرد وفي لحوق المآثم له، والحال هذه وجهًا، وظاهر كلام أبي محمد في المغنى لانتقاء الضمان، لأنه إذا قال أمهلوني حتى صلاتي أو آكل فإني جائع، أو أنام فإني ناعس، أو يتهضم الطعام عني فإن ممتلئ أمهل بقدر ذلك، والله أعلم.

(قال): وإذا مات وعنده وديعة، لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها.

(ش): إذا مات إنسان وقد ثبت أن عنده وديعة بإقراره أو ببينة ولم تتميز من ماله فصاحبها غريم بها، لأنه قد ثبت بإقراره أو بالبينة، استحقاق وقد تعذر فيجب بدلها وإذا لم يجد بدلها كان غريمًا بها كسائر الحقوق، أما إذا ثبت أنه كان عنده وديعة في حياته ثم مات ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاءها ولا تلفها، فوجهان.

أحدهما: قال وفي المغني أن المذهب، وجوب الضمان، ولا فرق فيما تقدم بين أن يوجد جنس الوديعة في ماله أو لم يجد، قاله أو محمد، وقال في التلخيص إذا أوصى وأجل ولم يعرف ضمن نص عليه، وإن ذكر جنسها بأن قال عندي وديعة عمامة أو سراويل، ونحو ذلك ولا يوجد ذلك في تركته فلا ضمان، لا حتمال التلف قبل الموت، والله أعلم.

(قال): ولو طالبه بالوديعة، فقال: ما أودعتني شيئًا ثم قال ضاعت من حرز، كان ضامنًا لأنه خرج من حال الأمانة.

(ش): إذا طالبه بالوديعة فأنكر أصل الإيداع، بأن قال ما أودعتني فثبت الإيداع ببيّنة، أو إقرار فادعى ما يسقط وجوب الضمان عنه، من ضياعها أو تلفها أو ردها، لم يسمع منه، ووجب عليه الضمان، وإن أتي ببيّنة، لأنه إن ادّعى

ذلك قبل الجحود، فهو بدعواه الأولى مكذب، لدعواه الثانية، أو لبيَنته فينتفيان، وقيل يسمع منه بالبيَنة وإن ادّعى بعد ذلك الجحود فقد خرج عن حالة الأمانة، فصارت يده ضامنه، لا يد أمانة فثبوت التلف أو الضياع، لا ينفي عنه الضمان.

نعم إذا ادَعى الرد بعد الجحود، سمع منه، كالغاصب، فثبتت بالبيّنة ويحلف خصمه مع عدمها، والله أعلم.

(قال): ولو قال: ما لك عندي شيء، ثم قال ضاعت من حرز، كان القول قوله، ولا ضمان عليه.

(ش): فلو طالبه بالوديعة فلم ينكر أصل الإيداع، وإنما قال ما لك عيدي شيء ثم ثبت أنه أودعه، فأدّعى الضياع، أو التلف، ونحو ذلك، سمع منه لعدم تنافي دعواه الأولى، والثانية إذ مع الضياع أو التلف، ليس عنده شيء، فهو صادق في قوله، وأمانته باقية، ودعواه مقبولة، ولا فرق بين قبل الجحود، أو بعده، على ظاهر إطلاق جماعة، وقال القاضي في المجرد: وقد قيل إن شهدت البيّنة بالتلف قبل الجحود سمعت، ولا ضمان عليه والله أعلم.

(قال): ولو كان في يده وديعة، فادّعاها نفسان، فقال: أودعني أحدهما، ولا أعرفه عينًا أقرع بينهما، فمن تقع له القرعة له، حلف أنها له وأعطي.

(ش): إذا كانت في يده وديعة فادّعاها نفسان، كل واحد منهما يدّعي أنه الذي أودعها، ولا بيّنة، فلا يخلو من خمسة أحوال.

أحدها: أن يقر بها لأحدهما دون الآخر فهي له، مع يمينه، لأن اليد كانت للمودع، وقد نقلها إلى [المدّعي]، فصارت اليد له ومن اليد له، القول قوله، مع يمينه، وعلى المدّعي اليمين للمدّعي الآخر، لأنه منكر لما ادّعاه عليه،فإن حلف بريء، وإن نكل عليه، يغرمها.

الثاني: أن يقر بها لهما، فهي بينهما يقتسمانها، مع تحالفهما، كما لو كانت بأيديهما، وتداعياها وعليه اليمين، لكل واحد منهما في نصفها، فإن نكل لزمه عوضها يقسمانه أيضًا.

الثالث: أن يقر بها لواحد منهما غير معّين، وهي مسئلة الخرقي فإن صدقاه في عدم العلم، فلا يمين عليه، ويقرع بينهما لتساويهما في الحق، أشبه العبدين إذا أعتقهما في مرضه، وإن كذباه أو أحدهما، لزمه يمين واحدة، أنه لا يعلم عين صاحبها، لأن المدعى عليه العلم بعين صاحبها، وهو منكر، فإن حلف أقرع بينهما، كما تقدم، وإن نكل لزمه غرمها.

قال في التلخيص: ثم إن اتفقا على العين وقيمتها فلا كلام، وإن تشاحا أقرع بينهما، فدفعت العين للقارع، ومقتضى كلام أبي البركات أنه مع نكوله يقرع بينهما، فيأخذ القارع العين ويطلب الآخر البدل.

الرابع: أقر بها لغيرهما وله تقاسيم ليس هذا موضعها والله أعلم.

(قال): ومن أودع شيئًا فأخذ بعضه ثم رده [أو مثله] فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ.

(ش): إذا أودع إنسان إنسانا شيئًا فأخذ بعضه، ثم ردّه، فضاع الجميع، أو تلف لزمه مقدار ما أخذ فقط، لأنه القدر الذي تعدى فيه، هذا هو المشهر حتى أن القاضي في [.....][1] وأبا البركات وأبا محمد في المغني والكافي لم يذكروا غيرها.

(١) فراغ في المخطوط بمقدار كلمة، وربما كان يريد أن يكتب به: «التعليق» حيث يكثر من النقل من كتاب التعليق للقاضي.

الرواية الثانية: يضمن الجميع حكاها صاحب التلخيص وغيره لأنها وديعة، تعدى فيها فضمنها، كما لو أخذ الجميع انتهى.

وإن لم يرد ما أخذ بل رد بدله فللأصحاب ذلك طرق.

أحدها: أنه لا يلزمه إلاّ مقدار ما أخذ، سواء كان البدل متميز أو غير متميز، وهو مقتضى قول الخرقي، وقطع به القاضي في التعليق، وذكر نص أحمد، حكى ذلك من رواية الجماعة، وحكي عنه رواية الأثرم: أنه أنكر القول بتضمين، الجميع وأنه قال: إنه قول سواء وذلك أن الضمان شرط بالتعدي، والتعدي إنما حصل في المأخوذ فيختص الضمان به.

الطريقة الثانية: أنه إن تميّز البدل، ضمن قدر ما أخذ فقط، وان لم يتميز فعلى روايتين وهذه طريقة أبي محمد في المغني والكافي، وأبي البركات.

الطريقة الثالثة: إن المسئلة على روايتين فيهما، وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية.

والطريقة [الرابعة]: إن تميز البدل فعلى روايتين وإن لم يتميّز ضمن الجميع، رواية واحدة، قالها صاحب التلخيص، ويقرب من هذه الطريقة كلام أبي محمد في المقنع، وكلام القاضي، على ما حكاه عنه أبو محمد في المغني، ومعنى هذه الطريقة على أن المردود باق على ملكه بالوديعة، فيجرى فيه، وقد فرق أبو محمد بأن المردود يجب رده مع الوديعة، وقد يقال مسلّم أنه يجب عليه الرد، هذا المخلوط بعينه، فهو باق على ملكه فإذا خلطه بالوديعة، ولم يتميز فقد فوت على نفسه إمكان رد بقائها.

وبالجملة هذه الطريقة وإن كانت حسنة لكنها مخالفة لنصوص أحمد وقد يقال إن نصوصه هنا مقوية لرواية البغوي، ثم.

وأعلم أن شرط هذه المسئلة، عند أبي محمد، وأبي البركات، أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة ولا مشدودة، أما إن كانت مختومة أو مشدودة يحل الشد، أو فك الختم، فإنه يضمن الجميع بلا نزاع، لهتك الحرز، وهذا الصحيح عند القاضي، وقال إنه قياس قول الأصحاب ما إذا فتح قفصًا على طائر فطار، فلم يذكر بذلك نص عن أحمد ونقل مهنا عن أحمد ما يقتضي انه لا يضمن، إلا ما أخذ فقال: رجل استودع رجلاً عشرة دنانير في صرة فأخذ منها المستودع دينارًا فأنفقه ثم رد مكانه دينارًا فضاعت العشرة، يغرم الدينار وليست التسعة، وفي التلخيص أيضًا ان البغوي روى عن أحمد ما يدل على ذلك ويبنى على ذلك لو خرق الكيس فإن كان من فوق الشد لم يضمن، إلاّ الخرق فقط وإن كان من تحت الشد ضمن الجميع، على المشهور، عند الأصحاب وقوة الكلام الخرقي أنه لا يضمن بمجرد نية التعدي، وهو المذهب المجزوم به لرفع المؤاخذة عن ذلك ما لم يتكلم، أو يعمل، ولهذا لو أخرجها إلى السوق بنّية الإنفاق، ثم ردها ضمنها، على أصح الوجهين لوجود العمل، قال القاضي: وقد قيل إنه يضمن بالنية لاقترانها بالإمساك وهو فعل وقد تبّين على هذا الوجه على الذي لا يؤخذ به هو الوهم، أما العزم فيؤخذ به على أحد القولين، والله أعلم.

﴿باب قسمة الفيء والغنيمة والصدقة﴾

(ش): الفيء في الأصل مصدر، فاء يفيء فيئة، وفيوأ: إذا رجع، ثم أطلق على ما أخذ من الجهات الآتي ذكرها إن شاء الله تعالى، لأن الله أفاءه على المسلمين أي رده عليهم من الكفار فإن الأصل أن الله إنما خلق الأموال إعانة على عبادته، لأنه إنما خلق الخلق لعبادته، والكفار ليس من أهل عبادته، فرجوع المال عنه، رد إلى أصله.

والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾(1) الآية والغنيمة أصلها من الربح والفضل، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم﴾(2) الآية أضاف الغنيمة لهم ثم جعل خمسها لغيرهم، فدل على أن الأربعة الأخماس الباقية، لهم، وقيل إنها كانت أوّلاً للرسول بدليل قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنفَالِ﴾(3) الآية وهي من خصائص هذه الأمة، قال ﷺ: «وأحلت لي الغنائم ولم تحلّ لأحد قبلي»(4) متفق عليه وفي الصحيح «أن النار كانت تنزل [من السماء](5) فتأكلها». والصدقة المراد بها هنا: الصدقة المفروضة وهي الزكاة، والله أعلم.

(قال): والأموال ثلاثة فيء وغنيمة وصدقة.

(ش): أي الأموال التي مرجعها إلى الإمام التي يتولى أخذها وتفريقها، والله أعلم.

(قال): فالفيء ما أخذ من مال مشرك بحال، ولم يوجف عليه، بخيل ولا ركاب.

والغنيمة ما أوجف عليه.

)ش): هذان التعريفان، شرعيان للفيء والغنيمة، والركاب: الإبل. والإيجَاف: أصله التحريك والمراد هنا: الحركة في السير إليه، قال قتادة في

---

(1) سورة الحشر: آية ٦.

(2) سورة الأنفال: آية ٤١.

(3) سورة الأنفال آية: ١.

(4) رواه البخاري. فتح الباري، كتاب التيمم: ١/ ٣٤٨، وكتاب الصلاة، ١/ ٤٢٣؛ ومسلم، كتاب المساجد، ومواضع الصلاة: ٢/ ٦٣؛ ومسند أحمد: ١/ ٣٥١، ٢/ ٤١٢، ٣/ ٢٠٤، ٤/ ٤١٦، ٥/ ١٤٥.

(5) بياض في مصورة المخطوط والتكملة من حديث أبي هريرة الذي أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ٢/ ٢٥٢.

قوله تعالى ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾[1] الآية ما قطعتم واديًا ولا سريتم إليها دابة، إنما كانت حوائط بني النضير، أقطعها الله ورسوله.

والخرقي - رحمه الله- لاحظ الآية الكريمة - كما هو دأبه فأتى بألفاظها، فكل ما أخذ من مال مشرك، بغير إيجاف كالذي تركوه فزعًا من المسلمين، وكالجزية، والعشر من تاجر أهل الحرب، ونصفه من تاجر أهل الذمة ومال من مات منهم، ولا وارث له، وخراج أرض صالحناهم علينا، وما أجاف عليه المسلمين، فساروا إليه، وهللوا عليه غنيمة سواء أخذ بالسيف، أو بالحصر، [والاستنزال] بأمان فإن النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة، وبعضها استنزل أهلها بأمان وكلها غنيمة.

(قال): فخمس الفيء والغنيمة مقسوم خمسة أسهم.

(قال): قد دل كلام الخرقي - رحمه الله - من جهة إشارة النص على أن الفيء والغنيمة يخمسان أما الغنيمة فلا نزاع بحمد الله في الجملة، وقد دل عليها قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم﴾[2] الآية وفي الترمذي عن ابن عباس - رضي الله عنهما -، أن رسول الله ﷺ قال: «لولا وفد عبد القيس لأمرتكم أن تؤدوا خمس ما غنمتم» وقد اختلف في أشياء من الغنيمة هل تخمس كالسلب، والنفل، وأشياء أخرى، ويذكر ذلك إن شاء الله في غير هذا الموضع.[3]

وأما الفيء فالمنصوص عن أحمد في رواية أبي طالب: أنه لا يخمس لأن الله تعالى قال: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ﴾ الآيتان فدل على أنه كله لهؤلاء ولم يذكر خمسًا،

---

(١) سورة الحشر، ٧،٦

(٢) سورة الأنفال: آية ٤١.

(٣) سنن النسائي، كتاب قسم الفيء: ٧/ ١٣٢.

وفي النسائي من حديث مالك بن أوس، عن عمر في حديث طويل فيه أنه قال﴿وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم﴾ الآية هذا لهؤلاء ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ﴾ هذا لهؤلاء ﴿وَمَا أَفَاء اللهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾ الآية قال الزهري قال عمر هذه لرسول الله ﷺ خاصة، قوي عمر فيه، وكذا ﴿مَّا أَفَاء اللهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى﴾ الآيات فاستوعبت هذه الآية الناس، فلم يبق رجل من المسلمين، إلا وله في هذا المال حق، أو قال حظ، إلا بعض من تملكون من أرقائكم، ولأن عشت إن شاء الله ليأتين على كل مسلم حقه أو حظه، ورواه أبو داود عن الزهري قال: قال عمر «فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب» وذكر في مثل رواية النسائي، وهذا من عمر تفسير للآية الكريمة، وهو كالنص، في عدم التخميس وتفسير الصحابي إذا وافق ظاهر النص حجة، بلا ريب.

وقال الخرقي: إنه يخمس قال القاضي ولم أجد بما قاله نصًا ووجهه أنه قال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالركاز والغنيمة، ودل كلامه من جهه دلالة النص على أن خمس الفيء والغنيمة، يقسمان على خمسة أسهم، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ الآية وسهم الله ورسوله، واحد كذا قال عطاء والشعبي وعن بعضهم أن ذكر الله لافتتاح الكلام تبركًا به، وعن عبدالرحمن ابن أبي ليلى قال سمعت عليًا يقول وَلاَّني رسول الله ﷺ على خُمُس فوَضعْتُهُ مواضعَهُ حياته وحياة أبي بكر فأتى عمر بمال آخر حياته فدعاني فقال خذه فقلت لا أريده فقال خذ فأنتم أحق به [قلت: قد استغنينا عنه] فجعله في بيت المال، رواه أبو داود [1] وفي رواية أرأيت أن تولّيني حقنا من هذا الخمس في كتاب الله، وهذا يدل على أن الخمس كان يخمس خمسة أسهم لا اقل منه، ولا أكثر.

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والفيء والإمارة: ٢/ ١٣٢.

تنبيه: الغنيمة التى تخمس هي ما أخذ بعد دفع السلب لمستحقه وبعد دفع ما وجد فيها لمسلم، ومعاهد له، وبعد إعطاء أجره من حفظها، أو نقلها، وجعل من دل على حصن ونحو ذلك، ولهذه تفاصيل ليس هذا موضع بيانها، وبعد ما أكل منها من طعام، أو علف، ما يذكر في موضعه.

واختلف فيما إذا دخل قوم لا منعه لهم، دار الحرب فغنموا هل يخمس ما غنموه على الروايتين.

واختلف أيضًا في النقل الإمام من جاء بعشرة أرؤس، فله رأس، ونحو ذلك فقال أبو البركات تخمس وقال أبو محمد الظاهر، إنه لا تخمس، والله أعلم.

(قال): سهم للرسول، مصروف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين.

(ش): سهم رسول الله ﷺ باق بعد موته، ثم يبسط اعتمادًا على الأصل وهو ثبوته وفي حديث جبير بن مطعم أنه قال: وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ، وكان عمر يعطيهم، ومن كان بعده منه مختصر رواه البخاري(1) وعن عمرو بن عنبسة قال صلّى بنا رسول الله ﷺ إلى بعير من الغنم، فلمّا صلّى أخذ وبرة كان من الغنم، فقال لا يحلّ لي من غنائمكم مثل هذا، إلا أن يخمس، والخمس مردوده فيكم، رواه أبو داود، وروى نحوه النسائي(2)، وعن عبادة ابن الصامت، وعن عمرو ابن شعيب عن أبية عن جده وهو شامل الحال حياته، وحال وفاته.

ومصرفه مصالح المسلمين كالفيء على المشهور، ولما تقدم من قوله عليه السلام: «وهو مردود فيكم» وعن أحمد رواية أخرى يصرف في السلاح،

---

(1) لم أجده في صحيح البخاري، ورواه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والفيء والإمارة: ٢/ ١٣١.

(2) الحديث في السنن النسائي، كتاب قسم الفيء: ٧/ ١٣١.

والكراع والمقاتلة خاصة لما روي عن عمر قال كانت أموال بني النضير ما أفاء الله على رسوله، مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركابه فكانت للنبي ﷺ، فكان ينفق على أهله، نفقة سنة، وفي لفظ يحبس لأهله قوت سنتهم، ويجعل ما بقي في الكراع والسلاح، عدة في سبيل الله متفق عليه.

تنبيه: الوبرة واحدة الوبر، للأصل، كالصوف للضأن، والشعر للمعزة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا﴾ الآية[1].

والكُراع: الخيل.

(قال): وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم، وبني المطلب ابني عبد مناف، حيث كانوا ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾[2].

(ش): قوله صلبية بني هاشم: يعني أولاده خمسة، دون من بعد معهم من مواليهم، وحلفائهم، وقد دل كلام الخرقي على خمس مسائل.

أحداها: أن سهم ذوي القربى ثابت بعد موت رسول الله وهذا مذهبنا لأن الله تعالى ذكرهم في كتابه من ذوي السهام، والأصل البقاء ما لم يعارضه معارض.

وعَنْ جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ قالَ: مَشَيْتُ أَنَا وَعُثْمَانُ إِلى النبي ﷺ فَقُلت يا رَسُولَ الله أَعطَيْتُ بَنِي الْمُطَّلِبِ وَتَرَكْتَنا وَنَحْنُ وَهُمْ مِنْكَ بِمَنزِلَةٍ وَاحِدَةٍ، فَقالَ رَسُولُ الله ﷺ إِنَّما بَنُو الْمُطَّلِبِ وَبَنُو هَاشِمٍ شَيْء وَاحِدٍ، وفي رواية: أَعْطَيتُ بَنِي الْمُطَّلِبِ مِنْ خُمْسِ خَيبَرْ، وَتَركْتَنا وَزَاد قالَ جُبَيْر وَلَمْ يَقْسِمِ النَّبِيُّ ﷺ لِبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ، ولاَ لِبَنِي نَوْفَلٍ شَيئاً، وقالَ ابْنُ إِسحَقَ عَبْدُ شَمْسٍ وهاشِم، والْمُطَّلبُ إِخْوَة لأُمٍّ وأُمُّهمْ عاتِكَةُ بِنْتُ مُرَّةَ، وكانَ نَوْفَل أَخاهُمْ لأَبِيهِمْ، هذه رواية البخاري[3] وفي

(١) سورة النحل: آية ٨٠.

(٢) سورة النساء: آية ١١، وآية ١٧٥.

(٣) أخرجه البخاري في فتح الباري، كتاب الخمس، باب ومن الدليل على أن الخمس للإمام: ٦/ ١٨٧.

رواية أبي داود[1]: أن رسول الله ﷺ لم يكن يقسم لبني عبد شمس، ولا لبني نوفل، من الخمس شيئا كما قسم لبني هاشم، وبني المطلب، وقال وكان أبو بكر يقسم الخمس عن قسم النبي ﷺ غير أنه لم يكن يعطي منه قربى رسول الله ﷺ، وكان عمر يعطيهم، ومن بعده.

وفي رواية وعثمان بعده فهذا عمر وعثمان أعطيا بعد موته ﷺ، ومنع أبو بكر لعله ومانع قام، والشك لا يثبت بالاحتمال، وعن يزيد بن هرمز قَالَ كَتَبَ نَجْدَةُ الحَرُورِي إِلَى ابْن عباس يسأله [عن] سهم ذي القربى قال يزيد بن هرمز فأنا كتبت كتاب ابن عباس إلى نجدة كتبت إليه كتبت إلي تسألني عن سهم ذي [القربى][2] لمن هو؟ وهو لنا أهل البيت، وقد كان عمر دعانا إلى أَنْ ينكح منه أيمنا ويحذي منه عائلنا، ويقضي منه عن غارمنا، فأبينا إلا أن يسلمه [لنا، وأبى أن يفعل] فتركناه عليه، رواه أبو داود والنسائي وأحمد[3]، واحتج به وهذا لفظه.

الثانية: أن ذا القربى بنو هاشم، وبنو المطلب ابني عبد مناف دون مواليهم وغير مواليهم، لما تقدم من حديث جبير، والمعتبر بالأب، لأن النسب له فإن الهامشي، وإن لم تكن أمه هاشمية، يستحق وإن الهاشمية لا تستحق، إذا كان أبوها غير هامشي.

[الثالثة][4] : أنه يجب تعميمهم، وتفرقته بينهم، حيث كانوا حسب الإمكان، لأنه سهم مستحق بالقرابة أشبه الميراث، فعلى هذا يبعث الإمام إلى

(١) سبق تخريجه.

(٢) ساقطة من المخطوط.

(٣) الحديث أخرجه النسائي في سننه، كتاب قسم الفيء: ٧/ ١٢٨، ١٢٩؛ وفي سنن أبي داود بالفظ مختلف. ينظر: ٢/ ١٣٢. ولم أجده في سنن أحمد.

(٤) في المخطوط: «الثاني».

عماله في الأقليم وينظر ما حصل من ذلك فإن استوفى الأخماس فرق، كل خمس، فيمن قاربه، وإن اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه.

قال أبو محمد والصحيح إن شاء الله تعالى أنه لا يجب التعميم، لأنه يتعذر أو يشق، فلم يجب كالمساكين والإمام ليس له حكم إلا في قليل بلاد الإسلام، فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده ولا أظن الأصحاب يخالفون أبا محمد في هذه.

الرابعة: إن القسم بينهم يكون ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ وهو أحد الروايتين، وبه جزم أبو محمد في المقنع لأنه سهم استحق بقرابة الأب شرعًا ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث، وخرج ولد الأم والوصية.

والرواية الثانية: يسوّا بين ذكرهم وأنثاهم لأنهم أعطوا بأسهم، القرابة، والذكر والأنثى فيها سواء، أشبه ما لو أوصى لقرابة فلان، يحققه أن الجد يأخذ مع الأب وابن الابن، مع الابن وهذا خلاف الميراث.

الخامسة: أنّ غنيّهم وفقيرهم فيه سواء، على عموم كلام الخرقي، وهو المشهور المعروف لعموم قوله تعالى ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾[1] الآية وفي الصحيحين حديث طويل أن العباس وعليًّا جاءا يطلبان أن يقضي بينهما فقال: إن الله كان خص رسول الله ﷺ بخاصة لم يخص بها أحدًا غيره فقال ﴿مَا أَفَاءَ الله﴾ الآية. قال قسم رسول الله ﷺ بينكم أموال بني النضير فوالله ما استأثره عليكم، ولا عن أخذها دونكم، والعباس كان من الأغنياء.

وقال أبو إسحاق ابن شاقلا: يختص فقراءهم، لما تقدم عن عمر - ﷺ -.

(١) سورة الأنفال: آية ٤١، وسورة الحشر: آية ٧.

تنبيه: الحرورية طائفة من الخوارج نسبوا إلى حروراء اسم قرية - تمد وتقصر- كان أول مجتمعهم بها، ومحلهم فيها.

ويجذى: يعطى. والغارمون: المدينون. والاستيثار: الاستبداد بالشيء والانفراد به. والله أعلم.

(قال): والخمس الثالث في اليتامى.

(ش): قد شهد النص بذلك، واليتيم من لا أب له، وإن كان له أم ولم يبلغ الحلم، قال النبي ﷺ «لاَ يُتّم بعد البلوغ ولا صمات يوم إلى الليل»[1]، وهو ظاهر كلام الخرقي، أنه لا يشترط فقرهم وإليه ميل أبي محمد، نظرًا لإطلاق الآية الكريمة، واشترطه جمهور الأصحاب، لأن ذا الأب لا يدفع إليه والمال أنفع من الأب قال أبو محمد: قال الأصحاب ويفرق على جميع أيتام البلاد، قال القول فيه كالقول في سهم ذي القربى، والله أعلم.

(قال): والخمس الرابع في المساكين.

(ش): للنص، ويدخل فيهم الفقراء، إذ كل موضع فيه أحد الصنفين دخل الآخر، وحيث أريد ذكر كما في الزكاة، قال أبو محمد قال أصحابنا، ويعم جميعهم في جميع البلاد.

(قال): وقد تقدم قولنا ذلك، والله أعلم.

(قال): والخمس الخامس لابن السبيل.

---

(١) الحديث رواه البيهقي في كتاب:«السنن الكبرى»، كتاب الحجز، باب البلوغ بالاحتلام:٦/ ٥٧.

(ش): للنصوص، وسيأتي بيان ابن السبيل إن شاء الله تعالى، فإن اجتمع في مثل شيئان كمسكين هو ابن سبيل، يتيم فإنه يعطى لكل منها، فإن أعطي فزال فقره لم يعط له، شيئًا، والله أعلم.

(قال): وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين بالسوية غنيهم، وفقيرهم فيه سواء، إلا العبيد.

(ش): لما قال إن الفيء يخمس قال: إن أربعة أخماسه حق المسلمين، ولا نزاع أن العبيد لا حق لهم في الفيء وقد تقدم عن عمر أنه لم يبق رجل من المسلمين إلا وله في هذا المال حق [إلا] بعض [ما] تملكون من أرقائكم، ومن عدى العبيد من المسلمين له حق في الجملة فصرف في مصالح المسلمين، إذ نفعها عامًا على جميعهم ويبدأ بالأهم فالأهم، من سد الثغور وكفاية أهلها، وغيرهم من جند المسلمين، ثم الأهم فالأهم من سد الثغور، القناطر وأرزاق القضاة، والمفتيين والمؤذنين، ونحوهم من كل ذي نفع عام، وما فضل منه قسم بين المسلمين غنيهم وفقيرهم على قول الخرقي والمشهور، لما تقدم عن عمر أنه قال: لم يبق رجل إلا وله حق وقرأ ﴿مَا أَفَاءَ الله عَلَى رَسُولِهِ﴾ الآية. وعن أحمد يقدم ذوو الحاجات لما روى مالك بن أوس: الفيء فقال ما أحق بهذا الفيء منكم، وما منا أحد أحق به من أحد إلا أنّا على منازلنا من كتاب الله تعالى عزَّ وجلَّ، وقَسْمِه رسول الله ﷺ، فالرجل وقدمه والرجل وبلاؤه، والرجل [وعياله، والرجل وحاجته](1)، رواه أبو داود.

وقال القاضي أهل الفيء هم: أهل الجهاد ومن يقوم بمصالحهم ومن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق له فيه، وهو يلتفت إلى أن الفيء كان لرسول الله ﷺ

---

(1) سنن أبي داود: كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية والحجبة عنهم: ٢/ ١٢٢، ١٢٣ وما بين المعكوفين صوب من السنن.

يخصه وليخص بها المصلحة، والنصرة به، فلما مات صارت المصلحة للجهة، وما يحتاج إليه المسلمون فصار ذلك لهم، دون غيرهم ويشهد لذلك قصة عمر المتقدمة أن الله كان قد خص رسوله ﷺ لخاصة لم يخص بها أحدًا غيره فقال ﴿مَا أَفَاءَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾ الآية. فقال قسم رسول الله ﷺ بينكم أموال بني النضير فوالله ما أستأثر عليكم ولا آخذها دونكم، حتى بقي هذا المال فكان رسوال الله ﷺ يأخذ منه نفقة سنة، ثم يجعل ما بقي أسوة المال، وفي رواية ثم يجعل ما بقي محل مال الله والأول يلتفت إلى أن الفيء لم يكن [ملك له] وإنما يتصرف فيه بالأمر، فهو لجميع المسلمين لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «ما أعطيكم ولا أمنعكم أنا قاسم أضع حيث أمرت» رواه البخاري(١) انتهى.

يبدأ عندنا العطايا للمهاجرين، ثم بالأنصار، ثم بالمسلمين، بالأقرب فالأقرب من رسول الله ﷺ، وهل يفاضل بينهم؟ حكى فيه أبو محمد روايتين واختار أن ذلك موكول إلى رأي الإمام، واجتهاد، وقال أبو البركات في جواز التفضيل بينهم بالسابقة روايتان فخص، وقد روي عن أبي بكر وعلي - رضي الله عنهما - أنهما سوّيا فيروا أن أبا بكر سوّى فقال له عمر يا خليفة رسول الله أتجمل الذين جاهدوا في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم كما أنما دخلوا في الإسلام كرهًا فقال أبو [بكر]، إنهم إنما عملوا لله، وإنما أجرهم على الله، وإنما الدنيا بلاغ، وعن عمر وعثمان أنهما فضّلا، وعن نافع أن عمر كان قد فرض للمهاجرين الأولين، أربعة آلاف، وفرض لابن عمر ثلاثة آلاف وخمسمائة فقيل له هو من المهاجرين فلم نقصته عن أربعة آلاف، فقال: انما هاجر به أبوه، يقول هو ليس كمن هاجر بنفسه، وعن قيس ابن حازم قال: كان

---

(١) أخرجه البخاري، فتح الباري، كتاب الخمس، باب قول الله تعالى: ﴿فإن لله خمسة وللرسول﴾: ٦/ ١٦٥.

عطاء البدريين خمسة آلاف خمسة آلافٍ. وقال عمر: لا [فضلنهم][1] على من بعدهم، رواهما البخاري[2]، وقال عوف كان رسول الله ﷺ إذا أتاه الفيء قسمة في يومه، فأعطى الأهل حظَّين، وأعطى [العَزَبَ] حظًّا زاد في رواية فدُعِينا وكنتُ أُدعى قبل عمار، فدُعِيت فأعطاني حظّين، وكان لي أهل، ثم دُعي بعدي عمَّار بن ياسر فأعطي حظًا واحدًا، رواه أبو داود وأحمد وحسّنه[3]. والله أعلم.

(قال): وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة.

(ش): كذا قال عمر، وهي في الجملة إجماع وقد دل عليها قوله تعالى ﴿وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ الآية كما تقدم في تقريره.

وقوله لمن شهد الوقعة، فشمل من لم يقاتل ممن قصده الجهاد من التجار والصناع، ويستثنى من الشهيدين صور ليس هذا موضع استثنائها.

(قال): للرجل سهم، وللفارس ثلاثة أسهم، إلا أن يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان سهم له، وسهم لهجينه.

(ش): لما ذكر الخرقي – رحمه الله – : أنّ الغنيمة تخمس، ذكر أن أربعة أخماسها لشاهدي الوقعة وذكر طريق التبع بيان قسمة ذلك، وذكر ذلك في كتاب الجهاد مستوفى وهو محلّه والأليق به فلنؤخره إلى هناك إن شاء الله تعالى.

(قال): والصدقة لا يجاوزها الثمانية الأصناف التي سمى الله عز وجل.

---

(١) في المخطوط: «لا نقصنهم» والمثبت من فتح الباري.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في فتح الباري، كتاب المغازي: ٧/ ٢٥٨.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب في قسم الفيء: ٢/ ١٢٣.

(ش): أي الصدقة المفروضة، وقد تقدمت هذه المسئلة في الزكاة فلا حاجة إلى إعادتها.

(قال): الفقراء وهم الزمنى والمكافيف، الذين لا حرفة لهم، والحرفة: الصنعة، ولا يملكون خمسين درهمًا، أو قيمتها من الذهب.

(ش): لما ذكر أن الصدقة لا يجاوزها الأصناف التي ذكرها الله عز وجل طفق بينهما الخرقي، وقد تقدم أن الفقراء والمساكين، صنف واحد في غير الزكاة، وأنهما في الزكاة صنفين وقد أشعر كلام الخرقي، بل نصّه على أن الفقير أشد الحاجة، من المسكين، لأنه جعل الفقراء هم الزمنى، والمكافيف، أى العميان، أي لا حرفة لهم، احترازًا ممن دونهم له حرفة، كمن ينفخ في الكير. ونحو ذلك، وجعل المساكين السؤال، وهو حرفة أو من له، منهم حرفة غير السؤال وقد أومئ أحمد إلى ذلك، وعليه الأصحاب، وينقل عن الأصمعي وابن الأنباري وذلك لأن الله تعالى بدأ بالفقراء والعادة، البداية بالأهم، لا يقال الغارم أسوأ حالاً من الفقير، لأنه أجتمع عليه الدين، مع الفقر إلا أنا نقول الغارم قد يكون غنيًا كالغارم لإصلاح ذات البين، فلذلك أخر، وأيضًا فقوله تعالى ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ﴾(١) فسماهم مساكين مع أن لهم سفينة، لا يقال سماهم مساكين لضعفهم عن الدفع عن سعيهم بدليل ﴿كَانَ وَرَاءهُم مَّلِكٌ﴾(٢) الآية. لأنّا نقول إطلاق المسكين يقتضي الحاجة، دون الرفعة، فيكون هذا هو الظاهر، والحمل على الظاهر متعين ما لم يعارضه ما هو أقوى منه، ولأن النبي ﷺ استعاذ من الفقر وطلب المسكنة فقال: «اللهم أحيني مسكينًا، وأمتني مسكينًا، واحشرني في زمرة المساكين» وما يقال إنه إنما استعاذ

---

(١) سورة الكهف: آية ٧٩.

(٢)سورة الكهف: آية ٧٩.

من فقر القلب بدليل «ليس الغني عن كثرة العرض، إنما الغني غني النفس» يجاب عنه بما تقدم، والظاهر أنه إنما استعاذ ﷺ من فقر القلب لأنه هو المزموم المطلوب عدمه، إذ من افتقر قلبه لا يزال حزينًا ذليلاً وإن حصل من الدنيا ما حصل أن يحصل أما من افتقر في المال وحصل له غنى النفس فهو راض بما أعطاه ربه، محب له صابر، فهو فقير الصابر خاضع لربه ذليل له وهو غاية مقام العبودية، وفي الأثر أن الله تعالى أوحى إلى موسى عليه السلام إذ قمت بين يدي، فقم مقام الذليل الحقير، وكذلك أوحى إلى عيسى عليه السلام. انتهى.

وأيضًا فالاشتقاق يناسب ما قلناه، إذ الفقير مشتق، من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول، وهو الذي نُزِعَتْ فِقَرة من ظهره، فانقطعَ صُلْبُهُ، والمسكين مفعيل من السكون وهو الذي أسكنته الحاجة، ومن كسر صلبه أشد حالاً من الساكن، ذكر ذلك ابن الأنباري[1].

أما قوله تعالى ﴿أَوْ مِسْكِيناً ذَا مَتْرَبَةٍ﴾[2] أي المتصف بالتراب المطروح عليه فقال ابن الأنباري لما نعته الله بهذا علمنا أن ليس كل مسكين بهذه الصفة بل الأغلب عليه إن سئل له شيء فعنه بذلك أخرجه عن بقية المساكين انتهى أو يقال المراد بالمسكين هنا الفقير، أو كل منهما يسمى فقيرًا أو مسكينًا نظرًا للحاجة إذا تقرر هذا فضابط الفقير: من لا شيء له أصلاً أو له شيء لا يقع موقعًا من كفايته كمن كفايته درهم ويحصل له نصف درهم ونحو ذلك.

والمسكين: من يحصل له ما يقع موقعًا في صورتنا أو له درهم ونصف وشرط جواز الدفع إليهما عند [الخرقي] أن لا يملكا خمسين درهمًا، أو قيمتها من الذهب، بناء على ما تقدم من أن من ملك دون الخمسين درهمًا، ولا حرفة له أن

---

(١) انظر: الزاهر لابن الأنباري: ١/ ٢٢٦؛ ولسان العرب: ١٣/ ٢١٤ مادة (سكن).
(٢) سورة البلد: آية ١٦.

له أخذ الزكاة بلا ريب وإن لم يملك شيئًا، وكلام الخرقي فيه إيماء ذلك إذ لفظ الفقير والمسكين، يشعران بالحاجة ومن له كفاية فليس بمحتاج، والله أعلم.

(قال): والعاملون عليها، وهم الجباة والحافظون لها.

(ش): العمال على أهل الزكاة هم: الذين يبعثهم الإمام لجباية الزكاة، وحفظها وكتابتها حسبها ونقلها، ومن في معناهم، وهم السعاة، وقد بعث النبي ﷺ جماعة فبعث عمر وأبا موسى، ومعاذ، ورجلاً من بني مخزوم، وغيرهم، وذكر أبو محمد - رحمه الله - من العمال: الكيال، والوزان، والعداد.

وقال في التلخيص: إن أجرة الكيال والوزان، على المالك وهو حسن يبين ذلك من تمام التسليم الواجب على المالك، وقد يقال مراد أبي محمد إذا احتيج إلى الكيال، والوزان، بعد ذلك.

يشترط للعامل البلوغ والعقل والأمانة لأنها ضرب من الولاية، والولاية يشترط فيها، ذلك ولعدم صحة [قبض] الصبي والمجنون وخوف ذهاب المال في يد الخائن، وفي اشتراط الإسلام، وكونه من غير ذوي [قربى] روايتان تقدمتا.

ولا تشترط حريته ولا فقره وفقهه، والله أعلم.

(قال): والمؤلفة قلوبهم وهم: المشركون المتولفون على الإسلام.

(ش): وقد تقدم الكلام في المؤلفة أن حكمهم باق، وهم: السادة المطاعون في قومهم وعشائرهم، وهم ضربان: مسلمون ومشركون وهو قسمان فقسم يرجى إسلامه وهذا الذي ذكره الخرقي، فيعطى لتقوى نيته في الإسلام، ويميل إليه. فعن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ لم يكن يسئل شيئًا على الإسلام، إلا أعطاه، فأتاه رجل يسئله فأمر له بشاء كثيرة بين جبلين، من مال

الصدقة، فرجع إلى قومه فقال يا قوم أسلموا فإن محمدًا يعطي عطاء من لا يخشى الفاقة رواه أحمد. وقسم يخشى شره وشر غيره معه(*) .

عن ابن عباس: «أن قومًا كانوا يأتون النبي ﷺ فإن أعطاهم مدحوا الإسلام، وقالوا: هذا دين حسن، وإن منعهم ذمّوا وعابوا» وأما المسلمون فعلى أربعة أضرب:

(الأول): قوم سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار، إذا أعطوا رجي إسلام نظرائهم، فيعطون، لأن أبا بكر - ﷺ - أعطى عديّ ابن حاتم والزبرقان مع حسن نياتهما.

الثاني: سادات يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم فيعطون، لأن النبي ﷺ أعطى عيينه بن حصن الفزاري، والأقرع بن حابس وغيرهم.

وعن عمرو بن ثعلب: «أن رسول الله ﷺ أعطى أناسًا وترك أناسًا، فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا، فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه فقال: إني أعطي أناسًا، والذي أدع أحب إليّ من الذي أعطي، أعطي أناسًا لما في قلوبهم من الجزع والهلع، وأكل أناسًا لما في قلوبهم من الغنى والخير منهم عمرو بن تغلب»(١) وعن أنس قال: «حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن، طفق رسول الله ﷺ يعطي رجالاً من قريش مائة من الإبل، فقال أناس من الأنصار: يغفر [الله] لرسول الله ﷺ يعطي قريشًا ويمنعنا، وسيوفنا تقطر من دمائهم. فقال رسول الله ﷺ : إني أعطي رجالاً حديثي عهد بكفر أتألفهم»(٢) متفق عليه.

(*) إلى هنا انتهى السقط الموجود في نسخة «أ»

(١) أخرجه البخاري في الجمعة (٢٩) وفي الخميس (١٩) وفي التوحيد (٤٩)؛ وأخرجه الإمام أحمد في ٥/ ٦٩.

(٢) أخرجه البخاري في المغازي (٥٦) وفي الخميس (١٩)؛ وأخرجه مسلم في الزكاة (٢٩)؛ والنسائي في الزكاة (٧٩)؛ والإمام أحمد في ٣/ ١٦٦، ١٦٩، ١٨٨، ٢٠١، ٢٤٦، ٢٤٩.

الثالث: قوم في طرف بلاد الإسلام، إذا أعطوا دفعوا عمن يليهم من المسلمين.

الرابع: قوم إذا أعطوا جبوا الزكاة ممن لا يعطيها إلا أن يخاف.

تبيهان: أحدهما: يقبل قوله ضعف نيته في الإسلام، ولا يقبل قوله في أنه مطاع في قومه إلا ببينة.

الثاني: الشاء، جمع شاة، والهلع تفسيره في قوله سبحانه: ﴿إِنَّ الْإِنسَانَ خُلِقَ هَلُوعاً. إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعاً. وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعاً﴾[1] يروى عن الأصمعي أنه سئل عن تفسير الهلوع فقال للسائل: إقرأ الآية. والحديث العهد بالشيء: القريب منه.

(قال): وفي الرقاب، وهو المكاتبون، فقد روي عن ابي عبد الله رواية أخرى: أنه يعتق منها.

(ش): اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - في المراد بالرقاب. فروى عنه، واختاره الخلال: المكاتبون فقط، ورجع عن القول بالعتق، قال في رواية صالح: كنت أذهب إلى أن يعتق، ثم جبنت عنه لأنه لا يجر ولاءه يكون له منفعته.

وقال في رواية محمد بن موسى: كنت أقوله ثم هبته.

وقال في رواية ابن القاسم، وسندي: قد جبنت، [وذلك][2] لأن ظاهر الآية الكريمة يقتضي كونهم على صفة توضع سهمهم فيه، وهذا في المكاتبين، لأن سهمهم يدفع إليهم، وما يقال أن تقدير الآية: وفي حرية الرقاب. يقال هذا فيه إضمار والأصل[3] عدمه.

(١) الآيات ١٩ - ٢١ من سورة المعراج.
(٢) مكررة في المخطوط.
(٣) سورة البقرة: آية ١٧٧، وسورة التوبة: آية ٦٠.

وروى عنه أنه العتق فقط، لأن الظاهر من إطلاق الرقبة الكاملة، وحقيقة ذلك في العتق، لأن المكاتب وجد فيه سبب الحرية. وروي عنه، واختاره القاضي في التعليق وغيره: أن المراد من الرقاب المكاتبون وافتداء الأسرى والعتق، لأن قوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾[1] يدخل تحته المكاتبون والعبيد القن.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما -: لا بأس أن يعتق من زكاة ماله، ذكره عنه أحمد والبخاري.

وعن البراء بن عازب - ﷺ - قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: دلني على عمل يقربني من الجنة ويباعدني من النار. فقال: أعتق النسمة وفك الرقبة. فقال: يا رسول الله أوليسا واحدًا؟ قال: لا، عتق النسمة أن ينفرد بعتقها، وفك الرقبة. أن يعين في ثمنها»[2] رواه أحمد والدارقطني.

وإذا ثبت الحكم في المكاتب والعبد القن ففي افتداء الأسير بطريق الأولى، لأنه يخلص رقبته من يد كافر وهو أولى من تخليص الرقبة من يد مسلم. شرط المكاتب أن يكون مسلمًا، وأن لا يجد وفاء، ويجوز الدفع إليه قبل حلول النجم على أشهر القولين. وشرط العتق أن لا يعتق بالشراء، نص عليه أحمد - رحمة الله -، والله أعلم.

(قال): فما رجع من المولى رد في مثله.

(ش): يعني يعتق به أيضًا، وقد تقدم حكم هذه المسألة فيما إذا أعتق عبدًا سائبه، إذ المسألتان حكمهما واحد، والله أعلم.

---

(١)من هنا يبدأ السقط من نسخة «ب».

(٢)من هنا يبدأ السقط من نسخة «ب».

(قال): (والمغارمين،) وهم المدينون العاجزون عن وفاء دينهم.

(ش): المدين العاجز عن وفاء دينه غارم بلا ريب، جواز الدفع إليه أن يكون غرمه في مباح، أما إن كان في محرم فلا يجوز الدفع إليه قبل التوبة بلا ريب، حذارًا من الإعانة على المعصية، وفيها بعد التوبة وجهان:

الجواز، وهو المذهب، اختاره القاضي، وابن عقيل، وأبو البركات، وصاحب التلخيص وغيرهم، نظرًا إلى زوال أثر الذنب بالتوبة إذ التوبة تجب ما قبلها.

والمنع حسمًا للمادة لاحتمال العود ثقة بالوفاء.

ومن الغارمين ضرب غرم لإصلاح ذات البين، وهو أن يقع بين الحيين، أو أهل القريتين عداوة يتلف فيها نفس أو مال، ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك، فيتحملها إنسان، فيجوز الدفع إليه وإن قدر على الوفاء، لأن إعطاءه لمصلحتنا.

وفي مسلم وسنن أبي داود والنسائي، عن قبيصة بن مخارق الهلالي - ﷺ - قال: «تحملت حمالة فأتيت رسول ﷺ أسأله فيها. فقال: أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها. ثم قال: يا قبيصة إن المسألة لا تحل لأحد إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمنعه عيش - وقال سدادًا من عيش - ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه: لقد أصابت فلان فاقة، فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش - أو قال سدادًا من عيش، فما سواهن من المسألة ياقبيصة فسحت يأكلها صاحبها سحتًا»[1] انتهى.

---

(١) أخرجه مسلم في الزكاة (١٠٩)؛ وأبو داود في الزكاة (٨٠)؛ والنسائي في الزكاة (٨٠، ٨٦)؛ والدرامي في الزكاة (٣٧)؛ والإمام أحمد في ٣/ ٤٧٧، ٥/ ٦٥.

أما من يتحمل لضمان أو كفالة، فحكمه حكم من غوم لمصلحة نفسه فلا يعطى مع الغنى من غوم لإصلاح ذات البين، فيعطى وإن كان غنيًا يشترط أن يكون الأصل معسرًا.

تنبيهان: أحدهما: إذا أراد الدفع إلى الغارم فهل يجب الدفع إليه ليقضي دينه، أو يجوز إلى غريمه وفاء عن الدين؟ فيه روايتان.

أنصهما الجواز.

الثاني: حكم الحَمالة بفتح الحاء، والله أعلم.

(قال): وسهم في سبيل الله، وهم الغزاة، يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وإن كانوا أغنياء.

(ش): لا خلاف أن الغزاة من السبيل اعتمادًا على العرف في ذلك، ونظرًا إلى أن عامة ما ورد في القرآن كذلك. ويجوز الدفع إليهم وإن كانوا أغنياء كما تقدم. ويشترط كونهم من غير أهل الديوان. ويقبل قوله في إرادة الغزو. وهل يجوز للمزكي أن يشترى له الدواب والسلاح ونحوهما ويدفعها إليه، أو يجب أن يدفع إليه المال ليشترى هو بنفسه؟ فيه روايتان أشهرهما الثانية. والله أعلم.

(قال): ويعطى أيضًا في الحج، وهو من سبيل الله.

(ش): هذا منصوص أحمد في رواية الميموني والمروزي وعبد الله، واختاره القاضي في التعليق وجماعة، لما روي عن أم معقل الأسدية - رضي الله عنها -: «أن زوجها جعل بكرًا في سبيل الله، وأنها أرادت العمرة، فسألت زوجها

البكر، فأبى، فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك له، فأمره أن يعطيها. وقال رسول الله ﷺ: الحج والعمرة في سبيل الله»[1] رواه أحمد. وعن [أبي][2] لاس الخزاعي -رضي الله عنه- قال: «حملنا النبي ﷺ على إبل الصدقة إلى الحج» رواه أحمد وذكره البخاري تعليقًا. وعن ابن عمر أنه قال: «الحج من سبيل الله» وعن ابن عباس نحوه.

وعن أحمد رواية أخرى: أن الحج ليس من السبيل، اختارها أبو محمد، اعتمادًا على أن العرف في إطلاق السبيل إرادة الغزو، ونظرًا إلى أن المعطى من الأصناف أما لمصلحته كالفقير والمسكين والمكاتب، والغارم لتضامنه، أو لمصلحتنا كالعامل والغازي والمؤلفة والغارم لإصلاح ذات البين، والحج لا نفع للمسلمين فيه، ولا للفقير، لعدم وجوب الحج عليه. وأجاب القاضي بأن له فيه مصلحة، لأنه يسقط فرضًا ماضيًا أو مستقبلاً. انتهى، وقد يقال: إنه من مصلحتنا، لما فيه من الاهتمام بهذا الشعار العظيم.

تنبيه: إذا قلنا يعطى فى الحج، فشرط المدفوع إليه الفقر على ما جزم به الشيخان وغيرهما وهو احد احتمالي صاحب التلخيص، وهو يشترط كون الحج فرضًا؟ شرطه أبو الخطاب، وتبعه عليه أبو محمد في المقنع، وهو مقتضى جواب القاضي المتقدم، ولم يشترطه الأكثرون: الخرقي والقاضي وصاحب التلخيص وأبو البركات وغيرهم، والله أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود في المناسك (٧٩).

(٢) في النسخة المخطوطة: «ابن» الصواب ما اثبتاه، والحديث في مسند أحمد من طريق محمد ابن إسحاق عن محمد بن إبراهيم عن عمر بن ثوبان، عن أبي لاس الخزاعي. انظر مسند أحمد: ٢٢١٤.

(قال): وابن السبيل، وهو المنقطع به، وله اليسار في بلده؛ فيعطى من الصدقة ما يبلغه.

(ش): ابن السبيل المسافر الذي ليس معه ما يوصله إلى بلده وإن كان له اليسار في بلده [1]، هذا هو المذهب المنصوص المعروف اعتمادًا على حقيقة اللفظ، إذ حقيقة اللفظ أن ابن السبيل هو المسافر لملازمته السبيل دون منشئ السفر من بلده، فإنه إنما يصير ابن السبيل في المال.

وعن أحمد - رحمه الله - ما يدل على جواز الدفع لمن أراد إنشاء السفر، نظرًا إلى أنه إنما يأخذ السفر مستقبلاً، إذ الماضي قد انقضى حكمه، فإن كان ابن السبيل مختارًا يريد بلدًا غير بلده.

فظاهر الكلام الخرقي وهو قول عامة الأصحاب أنه يجوز أن يدفع إليه ما يكفيه في مضيه إلى مقصده ورجوعه إلى بلده. بشرط كون السفر جائزًا، إما قربة كالحج ونحوه، وإما مباحًا كالتجارة ونحوها، ولا يجوز الدفع في سفر المعصية، وفي السفر وجهان: الجواز لعدم المعصية، والمنع لعدم الحاجة إليه.

واختار أبو محمد منع الإعطاء لمن أراد غير بلده، لأن احتياجه إلى بلده آكذ فلا يلحق به غيره، والله أعلم.

---

(١) ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها. كما يقال ولد الليل الذي يكثر الخروج فيه. والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها.
(المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٢٨).

(قـال): ولـيس عليـه أن يعطـي لكـل هـؤلاء الأصـناف وإن كـانوا موجودين، وإنما عليه أن لا يجاوزهم.

(ش): قد تقدمت هذه المسأله وحكمها في الزكاه، فلا حاجة إلى إعادتـه. ويريد هنا أنه إذا اجتمع في واحد سببان جاز الأخذ بكل [منها]، كغارم وفقير، يعطى لغرمه ثم ما يغنيه، والله أعلم.

(قال): ولا يعطى من الصدقة [المفروضة] لبني هاشم، ولا لمواليهم، ولا للوالدين وإن علوا، ولا للولد وإن سـفل، ولا للـزوج، ولا للزوجـه، ولا لمـن تلزمه مئونته، ولا لكافر، ولا لمملوك، إلا أن يكونوا من العاملين فيطعون بحق ما عملوا، ولا لغني وهو الذي يملك خمسين درهمًا أو قيمتها من ذهب.

(ش): قد تقدمت هذه المسائل مستوفاة في الزكاة فـلا حاجـة إلى إعادتهـا. والله أعلم.

(قال): وإذا تولى إخراج زكاته سقط العاملون.

(ش): قد تقدمت هذه المسألة أيضاً، والله أعلم[1].

---

(١) إلى هنا ينتهي السقط الموجود بنسخة «ب».

﴿كِتابُ النِكاح﴾

(ش): النكاح في كلام العرب الوطء قاله الأزهري، وسمّآ التزويج نكاحًا لأنه سبب الوطء. قال أبو عمر غلا م ثعلب، الذي حصلناه عن ثعلب عن الكوفيين، والمبرد عن البصريين أن النكاح في أصل اللغة هو: اسم للجمع بين الشيئين، قال الشاعر.

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يجتمعان

وقال الجوهري: النكاح الوطء. وقد يكون العقد. وعن الزحاجي: النكاح في كلام العرب بمعنى الوطء والعقد جميعًا. وقال ابن جني عن شيخه الفارسي: فرقت العرب فرقًا لطيفًا يعرف به موضوع العقد من الوطء، فإن ذا قالوا: نكح فلانة، أو ابنة فلان، أرادوا تزوجها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته، لم يريدوا إلا المجامعة.

قلت: وظاهر هذا الاشتراك الذي قبله، وأن القرينة تعين.

وأما في الشرع، فقيل: العقد. فعند الإطلاق يصرف إليه، اختاره ابن عقيل، وابن البنا، وأبو محمد، والقاضي في التعليق، في كون المحرم لا ينكح لما له إن النكاح حقيقة في الوطء قال: إن كان في اللغة حقيقة في الوطء، فهو في عرف الشرع للعقد، وذلك لأنه الأشهر في الكتاب والسنّة، ولهذا ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء، إلا قوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[1] على المشهور، ولصحة نفيه عن الوطء، فيقال: هذا سفاح وليس بنكاح، وصحة النفي دليل المجاز.

---

(١)الآية ٢٣٠من سورة البقرة.

وقال القاضي في المجرد: الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد ولوطء جميعًا، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[1] الآية. وذلك لورودهما في الكتاب العزيز، والأصل في الإطلاق الحقيقة.

وقال القاضي في العدة، وأبو الخطاب، وأبو يعلى الصغير: هو حقيقة في لوطء مجاز في العقد، وذلك لما تقدم عن الأزهري، وعن غلام ثعلب، والأصل عدم النقل.

قال أبو الخطاب: وتحريم من عقد عليها الأب استنفاده بالإجماع والسنة.

وهو مشروع بالإجماع القطعي في الجملة، وسنده قول الله سبحانه. ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[2] ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[3] وفي الصحيحين وغيرهما، عن علقمة قال: «كنت أمشي مع عبد الله بمنى، فلقيه عثمان فقام معه يحدثه. فقال له عثمان: يا أبا عبد الرحمن ألا نزوجك جارية شابة تذكرك بعض ما مضى من زمانك؟ قال: فقال عبد الله: لأن قلت بذلك لقد قال لنا رسول الله ﷺ: يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»[4]. وغير ذلك مما لا يحصى كثرة.

ثم النكاح على الطريقة المشهورة تارة يجب، كما إذا خاف الزنا بتركه،

---

(١)الآية ٢٢من سورة النساء.

(٢)الآية ٣ من سورة النساء.

(٣) الآية ٣٢ من سورة النور.

(٤) أخرجه البخاري في الصوم (١٠) وفي النكاح (٢، ٣)؛ وأخرجه مسلم في النكاح (١، ٣)؛ وأبو داود في النكاح (١)؛ والنسائي في الصيام (٤٣) وفي النكاح (٣)؛ وأخرجه ابن ماجه في النكاح (١)؛ والدارمي في النكاح (٢)؛ والإمام أحمد في١/ ٣٧٨، ٤٢٤، ٤٣٢، ٤٤٧.

وتارة سن على المشهور من الروايتين. كالأمن السابق.

والثانية واختيارها أبو بكر والبرمكي: يجب.

وتارة يباح في رواية اختارها القاضي في النكاح من المجرد، وابن عقيل في التذكرة، وابن البنا.

ويستحب على أخرى، واختاره القاضي في الطلاق من المجرد، وهو إذا لم يتق نفسه إليه لكبر أو مرض أو غير ذلك. وللأصحاب طرق غير ذلك ومن أحسنها قول القاضي أبي يعلى الصغير: إنه فرض كفاية. وحيث قيل بالوجوب هل يندفع بالتسري؟ فيه وجهان.

تنبيه:(•) في البناءة، أربع لغات: باءة بالمد مثال باعة، وباء بالمد أيضًا بلا هاء، وباهة بلا مد وبالهاء والتاء، وباه بلا مد مقصورًا أيضًا.

وأصل الباءة، في اللغة: المنزل، ثم قيل عقد النكاح، لأن من تزوج امرأة بوأها منزلاً. وقد يسمى النكاح نفسه باهًا، والمراد في الحديث - والله أعلم - الأول وإلا فلا حاجة إلى الصوم.

والوجاء بكسر الواو ممدودًا، وهو رض الأنثيين، أي أن الصوم قاطع لشهوة النكاح كالوجاء. والله أعلم.

(قال): ولا ينعقد النكاح إلا بولي.

(ش): هذا هو المذهب المنصوص والمعروف عند الأصحاب لا يختلفون في ذلك لما روى أبو موسى الأشعري - ﷺ - قال: إن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا

(•) من هنا بدأ سقط في نسخة «ج».

بولي»(1) رواه الخمسة إلا النسائي، وصححه ابن المديني وغيره، وهو نفي للحقيقة الشرعية، أي لا نكاح شرعي أو موجود في الشرع إلا بولي، وعن سليمان بن موسى [عن الزهري] عن عروة عن عائشة –رضي الله عنها– قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولا ولي له»(2) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنّه.

وقال المروزي: سألت أحمد ويحيى عن حديث سليمان بن موسى: «لا نكاح إلا بولي» فقالا: صحيح، ولأن ذلك قول جمهور الصحابة، وحكى طائفة من الأصحاب عن أحمد رواية بعدم اشتراط الولي مطلقًا. وأبو محمد خص الرواية بحال العذر كما إذا عدم الولي والسلطان. واختلف في مأخذ الرواية، فإن ابن عقيل أخذها من قول أحمد في دهقان القرية يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في المهر والكفوء، وغلطة أبو العباس في ذلك.

قلت: لأن دهقان القرية هو كبيرها فهو بمنزلة حاكمها، والقائم بأمرها. وأخذها ابن أبي موسى من رواية: «أن المرأة تزوج أمتها ومعتقيه» وبالجملة، استدل لعدم الاشتراط بقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾(3) فأضاف النكاح إليهن ونهى عن منعهن منه.

---

(1) أخرجه البخاري في النكاح (٣٦)؛ وأبو داود في النكاح (١٩)؛ والترمذي في النكاح (١٤، ١٧)؛ وابن ماجه ف النكاح (١٥)؛ والدارقطني في النكاح (١١)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٥٠ وفي ٤/ ٣٩٤، ٤١٣، ٤١٨ وفي ٦/ ٢٦٠.

(2) أخرجه أبو داود في النكاح (١٩)؛ والترمذي في النكاح (١٤)؛ والدارمي في النكاح (١١)؛ والإمام أحمد في ٦/ ١٦٦.

(3) الآية ٢٣٢ من سورة البقرة.

وظاهر أن المرأة تصح أن تنكح نفسها، ونحوه قوله: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[1] وقوله : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2] فأباح سبحانه فعلها في نفسها من غير شرط الولي، يؤيده قوله ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر»[3] وروي أيضًا أن النبي ﷺ: «لما خطب أم سلمة قالت: ليس أحد من أوليائي حاضرًا. فقال: ليس أحد من أوليائك حاضر ولا غائب إلا ويرضاني. فقالت لابنها عمر بن أبي سلمة وكان صغيرًا. قم فزوج رسول الله ﷺ»[4] فتزوج رسول الله ﷺ بغير ولي، وإنما أمرت ابنها بالتزويج على وجه الملاعبة، إذ قد نقل اهل العلم بالتاريخ أنه كان صغيرًا، قيل ابن ست سنين، وبالإجماع لا يصح ولاية مثل ذلك، لهذا قالت: «ليس أحد من أوليائي حاضرًا».

وأيضًا قصة صاحب الإزار، فإنه ﷺ قال له: «زوجتكها» ولم يسأل: هل لها ولي أم لا. واعترض على حديث أبي موسى بأن محمد بن الحسن روى عن أحمد أنه سئل عن النكاح بغير ولي يثبت فيه شيء عن النبي ﷺ فقال: ليس يثبت عندي فيه شيء عن النبي ﷺ، ثم هو محمول على نفي الكمال، ثم يقال بموجبة أو أن نكاح المرأة نفسها نكاح بولي، والنكاح بغير ولي نكاح المجنونة والصغيرة إذ لا ولاية لهم على أنفسهم، وعلى حديث عائشة بأن رواية سليمان بن موسى، وقد ضعفه البخاري وقال النسائي: في حديثه شيء. وقال أحمد في رواية أبي طالب: حديث عائشة: «لا نكاح إلا بولي» ليس بالقوي. وقال في رواية المروزي: ما أراه صحيحًا لأن عائشة فعلت بخلافه قيل له: فلم تذهب إليه؟

(١) الآية ٢٣٠ من سورة البقرة.
(٢) الآية ٢٣٤ م سورة البقرة.
(٣) أخرجه أبو داود في النكاح (٢٥)؛ والإمام أحمد في ١/ ٣٣٤.
(٤) أخرجه الإمام أحمد في ٦/ ٢٩٥، ٣١٣، ٣١٧.

قال أكثر الناس عليه، ثم ابن جريج نقل عن الزهري أنه أنكر الحديث.

قال أحمد في رواية أبي الحارث: لا أحسبه صحيحًا، لأن إسماعيل قال: قال ابن جريج: لقيت الزهري فسألته، فقال: لا أعرفه. ويقوى الإنكار أن الزهري قال بخلاف ذلك. قاله أحمد وغيره.

ثم مفهوم الحديث أن يصح نكاحها بإذن وليّها، واعترض على إجماع الصحابة بفعل عائشة كما تقدم عن أحمد. وقال في رواية أخرى: لا يصح الحديث عن عائشة، لأنها زوجت بنات أخيها. وقد روى الشالنجي بإسناده عن القاسم قال: «زوجت عائشة، بنت عبد الرحمن بن أبي بكر من ابن الزبير فقدم عبد الرحمن فأنكر ذلك، وقال: مثلي يفتات عليه. فقالت عائشة: أو ترغب عن الحواري».

وأجيب عن الآية الأولى بأنها حجة لنا، لأنه سبحانه خاطب الأولياء ونهاهم عن العضل، وهو المنع، وهو شامل العضل الحسي والشرعي، لأنه اسم جنس مضاف، وهذا يدل على أن العمل يصح منهم دون الأجانب. ثم الآية نزلت في معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته، فدعاه النبي ﷺ فزوجها ولم يكن لمعقل ولاية، وإن الحكم متوقف عليه لما عوتب في ذلك، وإضافة النكاح إليها لتعلقه بها.

وكذلك الجواب عن الآية الثانية: ثم ساقها في أنها لا تحل للزوج الأول إلا بعد نكاح وعن الثالثة بأن الفعل بالمعروف أن يكون بولي، وقوله ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر يقول به» إذ لا أمر معها، إذ حقيقة الأمر ما وجب على المأمور امتثاله، والثيب لا تجبر على النكاح، وافتقار نكاحها إلى الولي لا يقتضي أن يكون له عليها أمر. وأما تزويجه ﷺ لأم سلمة في خصائصه.

قال أحمد في رواية الميموني وقد سئل من زوّج النبي ﷺ؟ فقال: يقولون

النجاشي فقيل له يقولون النجاشي أمهرها. وأراد الذي سأله بهذا حجة على من قال بالولي. فتغير وجه أبي عبد الله وقال: يقوم مقام النبي ﷺ في هذا أحد ﴿النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ﴾(١) وهو في النكاح ليس كغيره.

وقضية صاحب الإزار قضية عين، محتمل أنه ﷺ علم أنه لا ولي لها واعتراضاتهم أما على حديث أبي موسى فالصحيح المشهور عن أحمد تثبيته وتصحيحه، والحمل على نفي الكمال خلاف الظاهر، إذا الأصل والظاهر في النفي إنما هو لنفي الحقيقة، وهي هنا الشرعية، أي لا نكاح موجود في الشرع، وإطلاق الولي ينصرف إلى الذكر، يقال ولي وولية ، إذ هو فعيل بمعنى فاعل، فيفرق بين مذكره ومؤنثه، مع أن الخلال يروي في كتاب العلل: إيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، وهذا يبيّن أن المراد بالولي غير المنكوحة.

وأما حديث عائشة، فسليمان بن موسى ثقة كبير. قال الترمذي: لم يتكلم فيه أحد من المتقدمين إلا البخاري وحده لأحاديث انفرد بها، ومثل هذا لا يرد به الحديث، ولهذا كان المشهور عن أئمة الحديث تصحيحه. وما نقل من إنكار الزهري فقد قال أحمد ويحيى: لم ينقل عن ابن جريج غير ابن علية قال ابن عبدالبر وقد أنرك أهل العلم ذلك من روايته ولم يعرجوا علهيا، ولو ثبت ذلك لم يقدح(*) في الحديث إذا رواه عنه ثقة على المشهور من قول العلماء، إذا النسيان لم يعصم منه إنسان. قال ﷺ: «نسي آدم فنسيت ذريته» ورد أحمد أنه كذلك هو على الرواية غير المشهورة عنه، من أن نسيان الراوي قادح، ولهذا كان المشهور عنه تصحيحه والأخذ به، ثم قد قيل إنه كان في الحديث زيادة ذكرها سليمان ابن موسى، فسئل الزهري عنها فقال: لا أحفظها. ولم يرد به أصل الحديث ذكر ذلك ابن المنذر والأثرم في العلل. وكون الزهري وعائشة قالا بخلافه لا

(١) الآية ٦ من سورة الأحزاب.

(*) إلى هنا ينتهي السقط الذي حدث في نسخة «ج».

يضر لجواز النسيان أو بالتأويل، إذا الاعتبار بما روى لا بما رأى، وتضعيف أحمد له لذلك هو أيضًا على خلاف المشهور عنه، والمعروف عن علماء الحديث، ثم قد روي عن عائشة أنها كانت إذا أرادت أن تزوج أرسلت سترًا وقعدت وراءه وتشهّدت، فإذا لم يبق إلا النكاح قالت: يا فلان انكح فإن النساء لا ينحكن.

قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله هذا الحديث فقال: روى ابن جريج قال: أخبرت عن عبد الرحمن مرسلاً كذا وابن أدريس يقول عن ابن جريج، عن عبد الرحمن، عن القاسم: لا يقول أخبرت.

وقول الراوي إذا أراد أن يزوج أن يشهد النكاح لأجل المشاورة. وقوله: قالت يا فلان أنكح، أي في إمائها، ونحو ذلك.

تنبيه: اشتجروا: التشاجر: الخصومة والمراد به- والله أعلم- المنع من العقد، دون المشاحة في العقد، إذ مع المشاحة فيه يقدم الأقرب فالأقرب، ومع الاستواء العقد لمن سبق، وتقدم أحدهم بالقرعة تقديم أولية على الصحيح، والله أعلم.

(قال): وشاهدين من المسلمين.

(ش): أي لا ينعقد إلا بشاهدين من المسلمين، وهذا هو المشهور عن أحمد، رواه الجماعة، واختاره الأصحاب لأن في بعض طرق حديث عائشة: «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل» ذكره الدارقطني عن يونس عن ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ. وعن ابن عباس – رضي الله عنهما –، أن النبي ﷺ قال: «البغايا اللآتي ينكحن أنفسهن بغير بيّنة»[1] رواه الترمذي وقال: لم

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (١٦).

يرفعه إلا عبد الأعلى، ووقفه مرة، وقال: والوقف أصح. قال بعض الحفاظ: وعبد الأعلى ثقة فيقبل رفعه، وزيادت.

وروى مالك في الموطأ، عن أبي الزبير المكي: «أن عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال- هذا نكاح السر ولا أجيزه، لو كنت تقدمت فيه لرجمته»(١) وخص النكاح – والله أعلم- باشتراط اشهاد دون غيره من العقود لما فيه من تعلق حق غير المتعاقدين، وهو الولد. وعن أحمد رواية أخرى: ينعقد بدون شهادة، ذكره أبو بكر في المقنع، وجماعة، لأن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها بغير شهود، وقال الذي تزوج الموهوبة: «زوجتكها بما معك من القرآن»(٢) ولم ينقل أنه أشهد، واحتج أحمد بأن ابن عمر زوج بلا شهود ويروى ذلك أيضًا عن ابن الزبير، والحسن بن علي، – رضي الله عنهم-. ولأنه عقد معاوضة أشبه البيع، وما تقدم من الحديث. قال أحمد في رواية الميموني: لم يثبت عن النبي ﷺ في الشاهدين. وكذلك قال ابن المنذر.

ويجاب: بأن تزويجه بلا شهود من خصائصه كما تقدم في الولي، وقضية الموهوبة قضية عين، والأحاديث يقوى بعضها ببعض.

وأعلم أن النص في هذه الرواية عن أحمد مطلقًا، وكذلك أطلقه الجمهور، وقيّده أبو البركات بما إذا لم يكتموه، فإذن مع الكتم تشترط الشهادة رواية واحدة، وهو – والله أعلم- من تصرفه. وكذلك جعله ابن حمدان قولاً.

وقول الخرقي: من المسلمين، يقتضي اشتراط الإسلام في الشاهدين، وذلك لقول الله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾(٣) وخرج بذلك

(١) أخرجه الإمام مالك في النكاح (٢٦)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٧٨.
(٢) أخرجه البخاري في فضائل القرآن (٢١) وفي النكاح (٣٧، ٤٠)؛ وأخرجه أبو داود في النكاح (١٧)؛ والترمذي في النكاح (٢٣): ابن ماجه في النكاح (١٧)؛ والدارمي في النكاح (١٩)
(٣) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

شهادة أهل الذمة وإن كانت المرأة ذمية وهو المنصوص والمشهور عند الأكثرين وقيل: عن قبلنا شهادة بعضهم على بعض صح بشهادة أهل الذمة.

وقد يخرج أيضًا بقول: شهادة النساء وليس بالبين، وبالجملة المذهب أن شهادتهن لا تعتبر في النكاح. قال الزهري: مضت السنّة من رسول الله ﷺ: أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود في النكاح ولا في الطلاق. رواه أبو عبيد في كتاب أدب القضاة، قاله القاضي، ونقل عنه حرب: إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز، فإن كان معهن رجل فهو أهون، فأثبت ذلك القاضي وجماعة من أصحابه رواية، ومنع ذلك أبو حفص العكبري، وقال: قوله هو أهون، يعني في اختلاف الناس.

ودخل في كلام الخرقي العبد والأعمى وهو كذلك، وكذلك الأخرس، وهو صحيح إن قبل الأداء بالخط، وإلا فلا، لعدم إمكان الأداء. ودخل أيضًا مستور الحال، وهو المشهور من الوجهين، وإن لم يقبله في الأموال، قطع به القاضي في المجرد، وفي التعليق في الرجعة، وابن عقيل حاكيًا له عن الأصحاب والشيرازي وابن البنا وأبو محمد وغيرهم. لتعذّر البحث عن عدالة الشهود في الباطن غالبًا لوقوع النكاح في البوادي، وبين عوامّ الناس.

والوجه الثاني لا بد من العدالة الباطنة كغيره؛ وهو احتمال للقاضي في التعليق بعد أن أقر أنه لا يعرف الرواية عن الأصحاب.

ودخل أيضًا الفاسق، لأنه مسلم، وهو رواية عن أحمد والمنصوص عنه أن لا ينعقد بفاسقين، وتعجب من قول أبي حنيفة في ذلك[1]. ودخل أيضًا في كلامه عدو الزوج أو المراة أو الولي أو متهم لرحم من أحدهم، وهو أحد الوجهين في الجميع.

(١) فقد قال: ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين، لأنها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات. (المغني والشرح الكبير: ٧٠/ ٣٤١).

وقد يدخل في كلامه المراهق، وهو إحدى الروايتين. والمذهب اشتراط البلوغ، ولا يرد عليه الطفل والمجنون والاصمّ، لخروجهم عقلاً وعرفًا، وقد يقال: قول الخرقي: شاهدين، أحال فيه على الشهادات، وإنه لا بد من شروط الشهادة المعتبرة أيضًا، لكن يبقى قوله من المسلمين ضائعًا.

تنبيه: البغايا: الزواني، والله أعلم.

(قال): وأحق النكاح بنكاح المرأة الحرة أبوها.

(ش) هذا هو المذهب بلا ريب، لأنه أكمل نظرًا وأشد شفقة، ولهذا اختص بولاية المال، وجاز شراؤه من مال ولده وبيعه له من ماله بشرطه، ولأن الولد موهوب لأبيه. قال الله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى﴾[1] وقال إبراهيم ﴿الْحَمْدُ للهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾[2] وقال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» وإذن تقديم الأب الموهوب له على الابن الموهوب أولى من العكس[3].

وحكى ابن المني في تعليقه قولاً بتقديم الابن على الأب كما في الميراث، والله أعلم.

(قال): ثم أبوه وإن علا.

(ش): هذا أشهر بالروايتين، وهو المذهب عند العامة: الخرقي وأبي بكر والقاضي، وجمهور أصحابة وغيرهم. لأن له إيلادًا وتعصيبًا أشبه الأب.

والرواية الثانية تقديم الابن عليه، اختارها ابن أبي موسي والشيرازي كما

---

(١) الآية ٩٠ من سورة الأنبياء.

(٢) الآية ٣٩ من إبراهيم.

(٣) ولأن الأب أكمل نظرًا وأشدّ شفقة، ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه. بخلاف ولاية الابن. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٤٦).

في الميراث، وعلى هذه هل يقدم الجد على الأخ لامتيازه بالإيلاد؟ أو الأخ على الجد لإدلائه بالبنوة، وهي الحال هذه مقدمة على الأبوة في الجملة؟ أو هما سواء في الامتياز كل واحد منهما بمرجح، فيه ثلاث روايات. أما على الأولى فالجد مقدم على الأخ بلا ريب[1]. والله أعلم.

(قال): ثم ابنها وابنه وإن سفل.

(ش): وذلك لأنه يقدم الأخ ومن بعده في الميراث وكذلك هنا. وقد فهم من كلام الخرقي أن اللابن ولاية، وقد نص عليه أحمد في رواية الجماعة لحديث أُمِّ سَلَمَةَ: «لَمَّا بَعَثَ إِلَيْهَا النَّبِيَّ ﷺ يَخْطُبُهَا قَالَتْ: لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدٍ وَلاَ غَائِب يَكْرَهُ ذلِكِ» رواه أحمد والنسائي[2]، فقوله ﷺ: «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِكِ شَاهِدً» يدل على أن لها وليًا شدهدًا، أي حاضر في الجملة، وقول أم سلمة: «لَيْسَ أَحَد مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِد» يحتمل أنها ظنت أن ابنها عمر لا ولاية له، ويحتمل أنها قالت ذلك لأن وجوده كالعدم لعدم مباشرته للعقد، لأنه كان صغيرًا، فإن النبي ﷺ تزوجها سنة أربع. وقال ابن الأثير: كان عمر حين مات النبي ﷺ تسع سنين،، وإنه ولد سنة اثنتين من الهجرة، على ذلك يكون عمره حين التزويج سنتين أو ثلاث سنين. وقول أحمد في رواية الأثرم وقد سأله: أليس كان صغيرًا. قال: ومن يقول كان صغيرًا لي فيه بيان يحتمل أنه إنما أنكر أن يكون في الحديث بيان، والبيان قد يكون في حديث آخر، والله أعلم.

(قال): ثم أخوها لأبيها وأمها.

---

(١) لأن المجد له إيلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالأب، فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب، وأولى الأجداد أقربهم وأحقّهم في الميراث. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٤٨).

(٢) الحديث في مسند أحمد: ٦/ ٣١٧، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه: ٦/ ٨١، ٨٢.

(ش): قياسًا على الميراث[1]، والله أعلم.

(قال): والأخ للأب مثله.

(ش): هذا منصوص أحمد في رواية صالح وحرب وأبي الحارث وهو المذهب عند الجمهور: الخرقي، وابن موسى، والقاضي، والشريف، وأبي الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي، وابن البنا وغيرهم، لأنهما استويا في الجهة التي تستفاد منها الولاية وهي العصوبة التي من جهة الأب فاستويا في النكاح، كما لو كان من أب، وقرابة الأم لا ترجع لا مدخل له في النكاح. وعن أحمد رواية أخرى حكاها طائفة من الأصحاب وصححها أبو محمد أن الأخ للابوين يقدم على الأخ للأب قياسًا على الميراث، وعلى استحقاق الميراث بالولاء، فإنه يقدم فيه الأخ للأب قياسًا على الميراث، وعلى استحقاق الميراث بالولاء، فإنه يقدم فيه الأخ من الأبوين على الأخ من الأب، وإن كان النساء لا مدخل لهن فيه.

وأعلم أن القاضي وكثيرًا من أصحابه حكوا ذلك عن أبي بكر ولم يذكروا على أحمد نصًا.

تنبيه: هذا الخلاف جارٍ في بني الأخوة والأعمام، فإن الأخ للأبوين مقدم على ابن الأخ للأب على الثاني مساوٍ له على الأول، أما إذا كان أبناء عم، أحدهما أخ لأم، فقال القاضي وطائفة من أصحابه هما على ما تقدم من الخلاف في ابن عم من أبوين، وابن عم من أب وقال أبو محمد: هما سواء لأنهما استويا في التعصيب والإرث به، وجهة الأم والحال هذه يورث بها متفردة، وما ورث به منفردًا لا يرجح به، والله أعلم.

(قال): ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة، ثم أولادهم، ثم عمومة الأب.

---

(١) لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب، لكونه أقرب العصبات بعدهم، فإنه ابن الأب وأقواهم تعصيبًا وأحقهم بالميراث. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٤٨).

(ش): ملخصه أن يقدم بعد الأخوة الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيب الميراث قياسًا عليه، إذا الولاية مبناها على النظر والشفقة، ومظنّة ذلك القرابة، والأحق بالميراث هو الأقرب، فيكون أحق بالولاية[1]، والله أعلم.

(قال): ثم المولى المنعم، ثم أقرب عصبته.

(ش): وذلك لأنهم عصبات يرثون ويعقلون، فكذلك يزوجون، وقدم عليهم المناسبون كما في الميراث، والأقرب هنا هو الأقرب في الميراث، فيقدم ابن المعتق على أبيه دائمًا، وإنما قدم الأب المناسب ثم على الابن لزيادة شفقته، وكمال نظره، وهنا النظر لأقوى العصبة، والله أعلم.

(قال): ثم السلطان.

(ش): لحديث عائشة – رضي الله عنها-: «فإن اشتجروا فالسلطان وليّ مَن لا وليّ له»[2] والسلطان هو الإمام، أو من فوّض إليه ذلك كالحاكم ونوابه. واختلف في والي البلد فعنه لا يزوج، وهو الأشهر عنه.

وعنه: يزوج عند عدم القاضي، إلا أن القاضي حمل الرواية على أنه أذن له في التزويج. وأبو العباس حملها على ظاهرهًا نظرًا للضرورة، وقد دل كلام الشيخ وعامة الأصحاب أنه لا ولاية لغير من ذكر، فيدخل في ذلك من أسلمت المرأة على يديه لا يلي نكاحها، وهو المشهور من الروايتين.

والثانية يليه بناء على أنه يرثها.

تنبيه: إذا لم يكن للمرأة وليّ، فعنه وهو ظاهر كلام الأصحاب أنه لا

---

(١) وأولى ولد كل أب اقربهم إليه، لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة، وذلك معتبر بمظنته، وهي القرابة، فأقربهم أشفقهم. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٤٩).

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح (١٩)؛ والترمذي في النكاح (١٥)؛ وابن ماجه في النكاح (١٥)؛ والدارمي في النكاح (١١)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٥٠ وفي ٦/ ٤٧، ٦٦، ١٦٦، ٢٦٠.

بد من الوليّ مطلقًا، حتى أن القاضي أبا يعلى الصغير قال في رجل وامرأة في سفر ليس معها وليّ ولا شهود، لا يجوز أن يتزوج بها وإن خاف الزنا بها قال أبو محمد، وعنه ما يدل أنه يزوجها رجل عدل، وأخذ ذلك من نصه في دهقان القرية، وقد تقدم.

قلت: وهو إنما يدل على أنه يزوج كبير البلدة، وهو شبيه بقوله: يزوج وإلى البلد إذا لم يكن قاضٍ، ولكن ينبغي أن يكون الوالي مقدمًا على هذا، لأنه ذو سلطان. والله أعلم.

(قال): ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرًا.

(ش): لأنه نائبه وقائم مقامه فعلى هذا يقوم مقامه في الإجبار وعدمه. وقد تضمن هذا صحة التوكيل في النكاح ولا إشكال في ذلك، فقد وكل النبي ﷺ أبا رافع في تزويج ميمونة، ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة، فظاهر إطلاق الخرقي يقتضي أنه لا يشترط إذن المرأة في التوكيل، ولا نزاع في ذلك إن كان الولي مجبرًا، وكذا إن لم يكن مجبرًا على اختيار الشيخين وغيرهما، وخرجه ابن عقيل في الفصول تبعًا لشيخه في المجرد على روايتين توكيل التوكيل من غير إذن الموكل، والله أعلم.

(قال): وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو عبدًا أو كافرًا زوّجها الأبعد من عصبتها.

(ش): إذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً زوج الأبعد، لأن الولاية تثبت، نظرًا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر، ولا يلي لنفسه فغيره أولى، وفي معنى ذلك من لا عقل له لكبر كالشيخ إذا أفند، أو لجنون مطبق، أما من يخنق في الأحيان فلا تزول ولايته لزوال ذلك عن قرب، وكذلك المغميّ عليه بطريق الأول، وهو الذي قطع به أبو محمد، لأنه مدته يسيرة

أشبه النوم، ولذلك لا تثبت الولاية عليه، وتجوز على الأنبياء عليهم السلام.

وحكى ابن حمدان وجهًا بزوالها. انتهى.

وقول الخرقي: طفلاً، يحتمل أن يريد به المميز، وهو ظاهر العرف، فعلى هذا تصح ولاية المميز، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، مقيدًا له بابن عشر لأنه تصح وصيته وعتقه وطلاقه على الصحيح في الجميع، فأشبه البالغ. ويحتمل أن يريد الخرقي غير البالغ، وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ﴾[1] وهو الرواية الثانية، وهي المشهورة نقلاً واختيارًا، لأن الولاية يعتبر لها الكمال، ومن لم يبلغ قاصر لثبوت الولاية عليه. انتهى.

وإذا كان الأقرب من العصبة عبدًا، وإن كان مدبرًا أو مكاتبًا زوّج الأبعد أيضًا بلا خلاف نعلمه، لأنه لا يثبت له الولاية على نفسه فعلى غيره أولى، ولا يرد المكاتب يزوّج أرقّاءه في وجه، لأن ذلك ولاية بالملك، وهذه بالشرع، وولايات الشرع يعتبر لها الكمال، وكذلك إن كان كافرًا زوج الأبعد، لقوله سبحانه: ﴿وَالَّذينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ﴾[2] مفهومه أن الكافر لا يكون وليًا لمسلمة.

وقد حكى ذلك ابن المنذر إجماعًا، وكذلك الحكم في العكس وبالجملة يشترط في الوليّ أن يتفق دينه ودين موليته في الجملة وسيأتي ذلك إن شاء الله وخرج أبو العباس في اليهوديّ هل يكون وليًا لنصرانيّة وبالعكس؟ روايتان في توارثهما.

وقول الخرقي: من عصبتها، فيه إشعار بأن الوليّ لا يكون إلا من العصبة وهو صحيح، نص عليه أحمد في رواية الجماعة، لقول عليّ - ﷺ -: «إذا بلغ

(١) الآية ٥٩ من سورة النور.

(٢) الآية ٧٣ من سورة الانفال.

النساء نَصَّ الحَقائِقِ فالعَصبَة أولى - يعني إذا أدركن» رواه أبو عبيد في الغريب[1]، وعن أحمد أن المرأة تلي بالعتق فقط، لأنها والحال هذه عصبة ترث بالتعصيب، فأشبهت الرجل المعتق.

قلت: وتخرج الملاعنة ونحوها كذلك، انتهى.

وقد علم من كلام الخرقي أنه يشترط المولي شرطاً:

أحدها العصوبة.

والثاني: البلوغ.

والثالث: الحرية.

والرابع: اتفاق الدين، وفي البلوغ من كلامه تردد، ويشترط له أيضًا: الرشد في العقد، بأن يعرف مصالح العقد ومضاره فلا يضعها عند من لا يحفظها ولا يكافئها، إذا المقصود من الولاية ذلك.

وهل يشترط له العدالة؟ فيه روايتان.

إحداهما: لا، فيلي الفاسق، وهو ظاهر إطلاق الخرقي لأنه يلي نكاح نفسه فكذلك غيره،

والثانية: وهي أنصهما، واختيار ابن أبي موسى، وابن حامد، والقاضي وأصحابه وغيرهم: نعم، لما روى الشالنجي بإسناده عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس قال: «لا نكاح إلا بإذن وليّ مرشد أو سلطان» وروى معناه مرفوعًا، ومن رواي جابر، رواه البرقاني، ولأنها إحدى الولايتين، فنافاها الفسق كولاية المال.

وعلى هذه يكتفى بمستور الحال على ما جزم به أبو البركات وأبو محمد في

---

(١) غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام: ٣/ ٤٥٦، ٤٥٧.

الكافي، وكثير من الأصحاب أطلق العدالة، فجعل ابن حمدان ذلك طريقتين[1]،ثم كحى رواية ثالثة أن الفاسق يلي نكاح عتيقته فقط.

قلت: كما قبل العتق، وقال أبو العباس: إذا قلنا إن الولاية الشرطية تبقى مع الفسق وينضمّ إليه أمين، فالولاية الشرعية أولى وفيه نظر، إذا الولاية الشرطية يلحظ فيها حظ الموصي ونظره، فلنا حاجة إلى بقاء الموصى إليه بخلاف هنا، فإنه لا حاجة بنا إلى بقاء والولاية، وكأن أبا العباس – رحمه الله- نظر إلى أنّا إذا أبقينا وصية الأجنبي مع فسقه فالقريب أولى لما انطوى عليه من الشفقة، لكن لا يطرد هذا في الحاكم ونحوه. وظاهر إطلاق المصنف أنه لا يشترط للولي النطق وهو صحيح بشرط أن يفهم ويفهم، ولا البصر، وهو أصح الوجهين، لأن شعيبا زوّج ابنته وهو أعمى، والله أعلم.

(قال): ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها.

(ش): هذا هو المذهب المختار من الروايات، صححه القاضي، وقطع به أبو الخطاب في الهداية، لأن الأصل كون الولاية لها لأنها مالها، وإنما امتنعت في حقها لانتفاء عبارتها في النكاح، وإذن يثبت لأوليائها كولاية نفسها، وإنما قلنا لا عبارة لها في النكاح وهو المذهب بلا ريب، لما احتج به أحمد عن أبي هريرة قال: «لا تنكح المرأة نفسها ولا تنكح من سواها» أبو هريرة – ﷺ- قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»[2] رواه ابن ماجه والدارقطني، وقال الحديث حسن صحيح.

والنهي دليل الفساد، ويعضده أنه قول جمهور علماء الصحابة، حكى ابن

---

(١) قال أحمد – رحمه الله-: إذا كان القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح. فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المولى له: (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٠٦، ٣٥٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١٥).

عمر وابن عباس وأبي موسى وأبي هريرة وحفصة، واختلف عن عائشة، ولأن مباشرتها لعقد النكاح يشرع برعونتها ووقاحتها، وذلك ينافي حال أهل المروءة، انتهى.

وإنما اشترط إذنها لوليّها لأن الأمة مالها ولا يجوز التصرف في مال الفرد بغير إذنه، فلو لم تكن رشيدة زوّجها من يلي مالها إن رأى الحظ لها في ذلك.

تنبيه: يعتبر في الإذن هنا النطق وإن كانت بكرًا، قاله أبو محمد وغيره، إذا الصمات إنما اكتفى به في تزويجها نفسها لحيائها،وهي لا تستحيي في تزويج أمتها، انتهى.

والرواية الثانية: يزوج أمة المرأة أي رجل أذنت له سيّدتها، ولا تباشر هي العقد، لأن سبب الولاية الملك، وإنما امتنعت المباشرة لنقص الأنوثية، فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب.

والرواية الثالثة: يجوز مباشرتها للعقد لما تقدم في صدر المسألة، ويلتزم أن لها عبارة في النكاح [من قول] أحمد في المعتقة: إن زوّجتها -أي عتيقتها- لم يفسخ النكاح، فتكون الأمة أولى [ملا تقدم في صدر المسألة ويلتزم أن لها عبارة في النكاح][1] لحديث عائشة -رضي الله عنها-: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليّها» الحديث. وهذه الرواية أخذت من قول أحمد، وفي رواية محمد ابن الحكم: إذا كان للمرأة جارية فأعتقتها كان من أحبّت أن يزوجها جعلت أمرها إلى رجل يزوجها لأن النساء لا يلين العقد، فإن زوجتها لم يفسخ النكاح.

قال القاضي: وظاهر هذا عدم الاستحباب وصحة العقد، وفي أخذ رواية من هذا نظر، فإنه منع من المباشرة، ومنعه من الفسخ يحتمل أنه لوقوع الخلاف

(١) ما بين المعكوفين من «أ».

فيه، وتعلق حق الغير، مع عدم دليل قاطع في المسألة. لكن عامة المتأخرين على إثباتها رواية. وعليها فرع أبو الخطاب وأبو البركات ومن تبعهما أن للمرأة عبارة في النكاح، فتزوج نفسها وغيرها بإذن الوليّ، ويكون تزويجها بدون إذنه كالفضولي.

قال أبو العباس: وفرّق القاضي وعامة الأصحاب على هذه الرواية بين تزويج أمتها وتزويج نفسها وغيرها، بأن التزويج على الملك لا يحتاج إلى أهلية الولاية، بدليل تزويج الفاسق مملوكته. وتبعهم هو أيضًا، وجعل التخريج غلطًا.

قلت: النص عن أحمد كما تقدم في المعتقة ولا ملك لها إذن، إلا أن يقال استصحب فيها حكم الملك كما تقدم [في الرواية التي حكاها ابن حمدان](1)، ووافق أبو محمد على التخريج في تزويج نفسها وغيرها، ومنعه في تزويجه بدون إذن الوليّ أن يكون كتزويج الفضولي. وليس بشيء، والله أعلم.

(قال): ويزوج مولاتها من يزوج أمتها.

(ش): يزوج معتقة المرأة من يزوج أمتها، وهو على ما قل الخرقي ولي السيد، وظاهره أنه يقدم فيه الأب على الابن، وقد تقدم أن في الولاء بالعتق أن يقدم الابن على الأب [في الروايتين اللتين حكاهما ابن حمدان في المولاة](2)، وصرح به أبو محمد. وقال أبو البركات: إن قلنا: يلي [عليها اشترط إذنها للملك كما تقدم، وجرت فيها الروايات الثلاث في مولاتها الرقيقة، وإن قلنا يلي](3) زوج بدون إذنها أقرب عصبتها، وذلك لأن التزويج هذا مستفاد بالتعصيب بالإرث، وهو منافٍ لظاهر كلام الخرقي، لأن إن حمل كلامه على أن

(١) ما بين المعكوفين ساقط من السنخة«أ» وأثبتناه في النسخة «ج».
(٢) ما بين المعكوفين زيادة في نسخة «أ».
(٣) ما بين المعكوفين أثبتاه من النسخة «ج».

لها ولاء، أشكل تقديم الأب على الابن.

[قلت: ويمكن توجيه كلام الخرقي على أن لها ولاية، حيث قال: ويزوج مولاتها من يزوج أمتها، فدل على أن هنا قدرًا مشتركًا، وأما اشتراط الإذن فيكون تركه لدلالة ما قبله عليه، وهو قوله: ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها، فيصير التقدير: ويزوج مولاتها بإذن من يزوج أمتها، والله أعلم.

وقد تبع أبو الخطاب في الهداية الخرقي على ذلك][1]، وقد اضطرب كلام الأصحاب في هذه المسألة اضطرابًا كبيرًا، وليس هذا موضوع استقصاء ذلك، وعلى كل حال فلا بد من عدم المعصبة المناسب بلا نزاع ومن رضي المعتقة على الصحيح المقطوع به عند الشيخين وغيرهما. وقيل يملك إجبارها من يملك إجبار سيدتها التي أعتقها، وهو بعيد، والله أعلم.

(قال): ومن أراد أن يتزوج امرأة وهو وليّها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها.

(ش): هذه المسألة تولي طرفي العقد في النكاح، ولها ثلاث صور:

إحداها: الجواز بال نزاع، وهو ما إذا كان الوليّ مجبراً من الطرفين، كما إذا زوج أمته بعبده الصغير، أو زوج الوصيّ في النكاح صغيرة بصغير كلاهما في حجره ونحو ذلك، إذ لا إذن فيشترط، وقيل: يختص الجواز بما إذا زوج عبده امته، لأن تصرف بحكم الملك. وجوّد أبو العباس هذا وقد حكي بالإجماع.

الصورة الثانية: عدمه بلا نزاع، وهو ما إذا كان وليًا لامرأة مجبرة كعتيقته وبنت عمه المجنونتين، فإنه لا يجوز أن يتزوجها لشدة التهمة في ذلك، لتعذر الإذن منها، فهو كوصيّ اليتيم يشتري من ماله، فعلى هذا لا يملك أن يتزوجها

(١) ما بين العكوفين ساقط من «أ» وأثبتناه من نسخة «ج»، ونسخة «د».

إلا بوليّ غيره من العصبة إن كان، وإلا فبولاية الحاكم، ولا يملك ذلك بوكيله على الأصح لأنه قائم مقامه، ونائب منابه.

الصورة الثالثة: ما عدا ذلك، وهو ما إذا كانت المرأة لها إذن معتبرة، فهل لوليّها أن يتزوجها بإذنها وولايته، أو لا بد أن يوكل في أحد طرفي العقد. فيه روايتان، أشهرها وأنصّهما، وهي التي اختارها الخرقي وبان أبي موسى وأبو حفص البرمكي، والقاضي في تعليقه، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، ونص عليه أحمد في رواية ثمانية من أصحابه: لا يجوز لما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير: أن المغيرة بن شعبة أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، المغيرة أولى بها منه. وعن عائشة – رضي الله عنها – قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا بد في النكاح من أربعة: الوليّ، والزوج، والشاهدان» وراه الدارقطني[1]، ومع تولي الطرفين لم يحضره إلا ثلاثة.

والرواية الثانية: يجوز ذلك، أومأ إليها في رواية طائفة من أصحابه، واختارها القاضي في الجامع الصغير، وفي المجرد، وأبو محمد، لظاهر قول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى ﴾[2] الآية مفهومه إذا لم يخف يجوز له أن يتزوجها، وإن لم يولّ غيره. وروى عقبة بن عامر – رضي الله عنه –، أن النبي ﷺ قال لرجل. «أَتَرْضَى أَنْ أُزَوِّجَكَ فُلاَنَة، ولم أفرض لها صداقًا، ولم يعطها شيئًا، وكان ممن شهد الحديبية له سهم بخيبر، فلما حضرته الوفاة، قال: إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة، ولم أفرض لها صداقًا ولم أعطها شيئًا، وإني أشهدكم أني أعطيتها من صداقها سهمي بخيبر. فأخذت سهمًا فباعته بمائة ألف»[3] رواه أبو داود.

---

(١) سنن الدارقطني: كتاب النكاح: ٣/ ٢٢٥.

(٢) الآية ٣ من سورة النساء.

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح (٣١)؛ ١/ ٤٨٨.

وقال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم بنت قارظ: «أتجعلين أمرك إليّ؟ قالت: نعم. فقال: قد تزوجتك»(١) وذكره البخاري في صحيحه، ولعموم: «لا نكاح إلا بوليّ» وهذا بوليّ.

وأما حديث: «لا بد في النكاح من أربعة» فضعيف، وعلى تقدير صحته فالواحد يقوم مقام الاثنين. وقصة المغيرة [بن شعبة] لا إشكال في جواز مثلها، إنما النزاع هل يتحتم ذلك وكذلك الخلاف فيمن اجتمع له تولّي الطرفين [بغير ذلك، كزوج وكله الوليّ أو وليّ وكله الزوج أو وكيل من الطرفين](٢)، أو وليّ فيهما كمن زوج ابنه الصغير ببنت أخيه ونحو ذلك. وقيل: يجوز تولّي الطرفين إلا للزوج خاصة لينافي الغرضين، إذ من طبع الإنسان طلب الحظ لنفسه، والواجب عليه طلبه لموليه. وقيل: لا يجوز ذلك إلا إذا كان الوليّ هو الإمام فقط. ذكره أبو حفص البرمكي لأنه لا أحد أكفأ منه، ولأنه كالأب بالنسبة إلى الرعية. وحيث جاز تولّي الطرفين فيكفي أن يقول زوجت فلانه فلانًا أو تزوجتها فيما إذا كان هو الزوج على المشهور من الوجهين، لأن ذلك قائم مقام إيجاب وقبول.

والوجه الثاني لا بد من تصريح بإيجاب وقبول، فيقول: زوجت فلانة فلانًا: وقبلت له النكاح، وزوجت نفسي فلانة، وقبلت هذا النكاح.

تنبيه: إذا قيل بجواز تولّي الطرفين للزوج بإذن موليته، فلا بد أن تأذن في تزوجها من نفسه، أما لو أذنت في النكاح وأطلقت فإنه لا يجوز له أن يتزوجها من نفسه على الصحيح، وقيل: يجوز بناء على الوكيل في البيع، بيع من نفسه بشرطه. فعلى الأول وهو المذهب: هل له أن يزوجها لولده أو والده أو

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح (٤٤).

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من «أ».

مكاتبه؟ فيه وجهان، والله أعلم.

(قال): ولا يزوج كافر مسلمة بحال.

(ش): قد تقدمت هذه المسألة، وإن الكافر القريب لا ولاية له، ويزوج البعيد، ونزيد هنا بأن قوله: بحال، ليدخل من ولايته بالملك، كمن أسلمت أم ولده أو مكاتبته ونحو ذلك. وهذا أحد الوجهين، واختيار أبي محمد لعموم ما تقدم من الآية والإجماع.

والوجه الثاني، وبه قطع أبو الخطاب في خلافه، وابن البناء في خصاله: أنه يلي والحال هذه، إذا ولاية الملك لا يشترط لها الأهلية بدليل الفاسق يزوج أمته.

ومفهوم كلام الخرقي أن الكافر يزوج الكافر، وهو صحيح للآية الكريمة، وتعتبر فيه الشروط المعتبرة في المسلم، حتى في عدالته إن اشترطت في المسلم، والعدل منهم من لم يرتكب محظور دينه.

وعموم المفهوم يقتضي أن الكافر يلي على موليته الكافرة وإن أرادت التزويج بمسلم[1]، وهو اختيار أبي الخطاب في الهداية، والشيخين. وقال ابن أبي موسي والقاضي في التعليق، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي: لا يليه على مسلم، بل تثبت الولاية للحاكم. وزعم القاضي أنه ظاهر كلام الإمام معتمدًا على قوله في رواية حنبل: لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا لمسلمة وهو إنما يدل على أنه يمنع من المباشرة، ولهذا جعل أبو البركات الخلاف في مباشرته العقد، هل يباشره؟ أو يباشره بإذنه مسلم أو

---

(١) لأن هذه امرأة، ولها وليّ مناسب فلم يجز أن يليها غيره، كما لو تزوجها ذمّيّ. وقد قال أحمد -رحمه الله-: لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة. وهذا قول القاضي (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٦٤).

الحاكم خاصة؟ ثلاثة أوجه. وجزم بأن(*) له الولاية، والله أعلم.

(قال): ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطانًا، أو سيد أمة.

(ش): لا يزوج المسلم الكافرة لقول تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾(1) نعم إن كان المسلم سلطانًا زوّج لأن له ولاية عامة على أهل دار الإسلام، والكافر والحال هذه من أهل الدار، وللحاجة الداعية إلى ذلك. وكذلك إن كان سيد أمته لأنه عقل على منافعها، أشبه إجارتها، والله أعلم.

(قال): وإذا زوّجها من غيرُهُ أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها(2) فالنكاح فاسد.

(ش): قد تقدم بيان الأولى بالتقديم من الأولياء، فإذا زوج غير الأولى كالأخ مع وجود الأب أو علم مع حضور الأخ والحال هذه أنه لا عضل من الأب ولا من الأخ فالنكاح فاسد على المشهور المختار للأصحاب من الروايتين لحديث عائشة – رضي الله عنها –: «أيما إمرأة نكحت نفسها بغير إذن وليّها فنكاحها باطل» وهذه نكحت بغير إذن وليّها إذ هذا لا ولاية له والحال هذه. وعن ابن عمر – رضي الله عنهما–، عن النبي ﷺ: «إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل» رواه أبو داود لكن قال: إنه ضعيف، وإنه موقوف على ابن عمر، ولأن أحكام النكاح المختصة به من الحل والنفقة والطلاق والتوارث لا تثبت فيه بمجرده، أشبه نكاح المعتدة.

والرواية الثانية: يقف النكاح والحال هذه على الإجازة ولا يحكم بفساده، لما روى ابن عباس – رضي الله عنهما –: «أن جارية بكرًا أتت النبي ﷺ فذكرت

(*) من هنا يبدأ سقط في نسخة «ج» مقداره صفحتان تقريبًا.

(1) الآية 71 من سورة التوبة.

(2) أي: ولم يمنعها من التزويج.

أن أباها زوجها وهي كارهة. فخيّرها النبي ﷺ»[1] رواه أبو داود، وابن ماجه. ولو فسد لما كان للتخيير فائدة.

وقد اعترض عليه بأن أبا داود رواه أيضًا مرسلاً، عن عكرمة، عن النبي ﷺ، قال: وكذا، رواه الناس مرسلاً. وكذا قال البيهقي: الصواب أنه مرسل. قال ، البيهقي: ولو صح فكأنه كان وضعها في غير كفؤ، فذلك خيّرها النبي ﷺ[2].قلت: ودعوى الإرسال أن سلم إليها لا نصف على قاعدتنا.

وأما الحمل على أنه وضعا في غير كفؤ فبعيد، إذا لا يقتضي أن يترك من الحديث ما الحكم منوط به ويذكر فيه ما [يقتضي] الإناطة به مع أنه غير منوط به، هذا تجهيل، وعلى هذه الرواية الحكم في الإجازة منوط بالوليّ الأقرب، إن أجازه جاز؟ وإن رده بطل.

ولا نظر للحاكم على الصحيح، وقيل: إن كان الزوج كفؤًا أمر الحاكم الوليّ الإجازة، فإن أجازه وإلا صار عاضلاً فيجبره الحاكم، كذا أجاب أبو محمد، وفيه نظر، إن كان لها وليّ غير الحاكم، إذن ينبغي أن ينتقل الحق الإجازة إليه كما في العضل في النكاح على المذهب. انتهى.

ولو كانت المزوجة بغير إذن وليّها أمة فخرجت عن ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح لطريان إباحة صحيحة على موقوفة أشبه طريان الملك على النكاح، وفيه شيء، إذا الإباحة التي حصلت للثاني كالإباحة التي كانت للأول سواء. انتهى.

---

(١) أخرجه أبو داود في النكاح (٢٤، ٢٥)؛ وابن ماجه في النكاح (١٢)؛ والإمام مالك في النكاح (٢٥)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٧٣، ٦/ ٣٢٨، ٣٢٩.

(٢)السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح الآباء الأبكار: ٧/ ١١٨.

أما أن انتقلت إلى من لا تحل له كامرأة أو جماعة فقيل إن الحكم كذلك. وقيل: بل الإجازة والحال هذه إلى المالك الثاني ولو أعتق من له الإجازة الأمة، فهل يبطل حقه منها ويمضى النكاح أم يبقي حقه فيها قبل العتق؟ فيه احتمال[1]، وتعتبر الشهادة حين العقد لا حين الإجازة لاستناد الملك إلى حال العقد. ومن ثم لو وطئ قبل الإجازة ثم أجيز لم يجب إلا مهر واحد، ولا يثبت فيه قبل الإجازة الأحكام المختصة بالنكاح الصحيح من الحل والنفقة ونفوذ الطلاق والتوارث وغير ذلك، قاله ابن عقيل وغيره. وقيل يثبت التوارث إن كان مما لو رفع إلى الحاكم إجازه. انتهى.

وكذلك الروايتان في تزويج الأجنبي، وفي تزويج المرأة المعتبرة إذنها بدونه على رواية الوقف. فإجازة الثيب بالنطق وما يدل على الرضى من وطء ونحوه. وإجازة البكر بالسكوت كإذنها قبل العقد.

وقد دل مفهوم كلام الخرقي أن الوليّ الأقرب لو لم يكن حاضرًا لم يفسد النكاح. وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

ودل أيضًا على أن الأقرب إذا عضل فروّج الأبعد أن النكاح لا يفسد، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، أعني أن الولاية تنتقل عند عضل الأقرب إلى الأبعد، وهو المذهب، اختاره القاضي وابن عقيل وأبو محمد وغيرهم، لأن الولاية قد تعذرت من الأقرب فانتقلت إلى الأبعد كما لو جن الأقرب أو فسق.

الثانية: تنتقل الولاية إلى الحاكم، وهي اختيار أبي بكر لظاهر قوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان وليّ له» ولأنه حق عليه امتنع من أدائه، فقال الحاكم مقامه فيه كالدين. ويجاب بالقول بموجب الحديث فإنه قال: «وليّ من لا وليّ

---

(١) وفيه وجه آخر: أنه يجوز بإجازة المالك الثاني لأنه يملك ابتداء العقد، فملك إجازته كالأول (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٦٧).

له» وهذه لها وليّ. ثم ظاهر أن الكل اختلفوا أو امتنعوا لقول: «فإن اشتجروا» وإذن يتعين الحاكم والتزويج حق له بخلاف الدين فإنه حق عليه على أنه قد قيل إنه يفسق بالعضل فتزول ولايته، كما لو فسق بغيره.

تنبيه: العضل في الأصل: المنع، وهو هنا منع المرأة من تزويجها بكفؤها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد من الزوجين في صاحبه. قال معقل بن يسار - ﷺ-: «كانت لي أخت تخطب إليّ، فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه، ثم طلقها طلاقًا له رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، فلما خطبت إليّ أتاني يخطبها قلت: لا والله لا أنكحها أبدًا. قال: ففيّ نزلت هذه الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا﴾[1] الآية. قال: فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه»[2] رواه البخاري، وأبو داود، والترمذي، والنسائي.

وسواء رضيت بمهر مثلها أو دونه إن كانت رشيدة، إذ المهر خالص حقها، ولو رضيت بغير كفؤ كان للوليّ الامتناع ولا عضل، أما إن عينت كفؤًا وعيّن الوليّ كفؤًا غيره فإن تعيينها يقدم عليه حتى أنه يعضل بالمنع ثم حيث يكون عاضلاً.

فظاهر كلام أبي محمد أنه يفسق بمجرد ذلك. وقال ابن عقيل: في العضل لا يفسق إلا أن يتكرر الخطاب، وهو يمنع أو يعضل، ونظير ذلك ما قاله ابن أبي موسى: أن المولى إذا زوّج بغير كفؤ يفسق، وتفسق المرأة بذلك أن رضيت جماعة من مولياته دفعة واحدة، فإذن تصير الصغيرة في حكم الكبيرة. وينبغي أن يقال في التزويج بغير كفؤ كذلك، ثم لا بد من تقييد ذلك في الموضعين بالعلم. وقد ذكر أبو العباس من صور العضل إذا امتنع الخطّاب من خطبتها

---

(١) الآية ٢٣٢ من سورة البقرة.

(٢) أخرجه البخاري تفسير سورة ٢(٤٠)؛ وأبو داود في النكاح (٢٠)؛ والنسائي في النكاح (٤٤).

لشدة الوليّ، والله أعلم.

(قال): وإذا كان الوليّ غائبًا في موضع لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه، زوّجها من هو أبعد منه من عصبتها، فإن لم يكن فالسلطان.

(ش): إذا غاب الوليّ الأقرب الغيبة المعتبرة زوّج الأبعد من العصبة، فإن لم يكن فالسلطان على المنصوص، وعليه الأصحاب لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له» وهذه لها وليّ مناسب فيزوّج بحكم الحديث[1]، ولأن البعيد يرجح بقرب نسبه، والقريب بقرب محله، فتساويا، ومن ثم قال ابن عقيل: ليس معنى قولنا: تنتقل الولاية إلى الأبعد، سلبًا لولاية القريب، لكن اشتراك بينهما، بدليل أنه لو زوّج القريب الغائب في مكانه، أو وكل صح، وكذا لو وكل ثم غاب، بخلاف لو وكل ثم جنّ فإن وكالته تنفسخ.

وأما شيخه(*) في التعليق فقال: إذا زوج أو وكل في الغيبة فالولاية باقية لانتفاء الضرر وإلا سقطت. ثم قال: وقد قيل، وحكي كقول تلميذه. انتهى.

وخرج أبو الخطاب ومن تبعه كأبي البركات رواية أن الحاكم يزوج، كما في العضل، إذا الأبعد محجوب بالأقرب والولاية باقية، فقام الحاكم مقامه فيها. ولم يعرج أبو محمد على التخريج. وقد ذكر ابن المني في إلحاق الغيبة بالعضل تسليمًا ومنعًا. وقد يقال في وجه المنع: إنه لو سلم أن التزويج حق الوليّ حتى يقوم الحاكم مقامه فيه، فذلك إذا امتنع، وفي الغيبة لا امتناع.

وفي معنى الغائب لو كان الوليّ مأسورًا ولا يمكن مراجعته، أو محبوسًا يتعذر استئذانه[2] قال أبو محمد: وزاد أبو العباس: لو كان الوليّ مجهولاً لا يعرف أنه عصبة،

---

(١) ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جنّ أو مات. ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب، فكان ذلك للأبعد كالأصل، (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٧٠).

(*) إلى هنا انتهى السقط الموجود في نسخة «ج».

(٢) لأن البعد لم يعتبر لعينة، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره. ولذلك إن كان غائبًا لا يعلم قريب أم بعيد، أو يعلم انه قريب ولم يعلم مكانه. فهو كالبعيد. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٧١).

ثم عرف بعد العقد، والغيبة المعتبرة التي معها يزوج الأبعد، قال الخرقي: أن لا يصل إليه الكتاب، كمن هو في أقصى بلاد الهند، أو يصل فلا يجيب عنه، وهذا يحتمل لبعده، وهو الظاهر، ويحتمل وإن كان قريبًا فيكون في معنى العاضل.

وبالجملة، قد أومأ أحمد إلى هذا في رواية الأثرم قال: المنقطع الذي لا تصل إليه الأخبار، وذلك لأن مثل ذلك تتعذر مراجعته فيلحق الضرر بانتظاره. ومنصوص أحمد في رواية عبد الله: أنه ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة. وهو اختيار أبي بكر والشيخين، لأن أهل العرف يعدّون ذلك مضرًا.

وقال القاضي في تعليقه، وتبعه أبو الخطاب في خلافه الصغير: هو ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة، كسفر الحجاز.

وعن ابن عقيل: ما تستضر به المرأة من فوات الكفؤ الراغب.

وقيل: يكتفي بمسافة القصر، لأن أحمد اعتبر البعد في رواية ابن الحارث وأطلق. انتهى.

وكل موضع لا توجد الغيبة المعتبرة، فإن الوليّ ينتظر ويراسل حتى يقدم، أو يوكل.

وظاهر كلام الخرقي: إن الشرط لتزويج الأبعد الغيبة المذكورة، فلو لم يعلم أقريب أم بعيد لم يزوج الأبعد وهو ظاهر إطلاق غيره.

وقال أبو محمد في المغني: يزوج الأبعد والحال هذه. قال: وكذلك إذ علم أنه قريب ولم يعلم مكانه، وهو حسن، مع أن كلام الخرقي لا يأباه.

وفي قول الخرقي: زوج من هو أبعد من عصبتها، إشعار بان هذا الحكم في الحرة وهو صحيح، إذ لو غاب سيّد الأمة فطلبت النكاح في حال غيبته، فإن الحكام يزوجها. قاله القاضي في تعليقه مدعيًا أنه قياس المذهب، والله أعلم.

(قال): وإذا زوجت من غير كفؤ فالنكاح باطل.

(ش): الكفاءة شرط لصحة النكاح على المنصوص والمشهور والمختار لعامة الأصحاب من الروايتين(١)، لما روى أبو هريرة - ﷺ- قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب المسلم، ممن ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبيرًا»(٢) رواه الترمذي. وروى مرسلاً. قال بعضهم: وهو أصح. ومفهومه أنه إذا لم يرض دينه ولا خلقه لا يزوج. وروى الدارقطني بإسناده، عمر - ﷺ- أنه قال: «لأمنعّن تزوُّج ذات الأحساب إلا من الأكفّاء».

وعن أبي اسحاق الهمذاني قال: «خرج سلمان وجرير في سفر، فأقيمت الصلاة. فقال جرير لسلمان: تقدم. فقال سلمان: بل أنت تقدم، فإنكم معشر العرب لا يتقدم في صلاتكم، ولا تنكح نساؤكم، لأن الله فضّلكم علينا بمحمد ﷺ» احتج بهما أحمد في رواية أبي طالب.

وفي مراسيل أبي داود، عن الحسن قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يتزوج الأعرابي المهاجرة» ولأنه تصرف في حق من يتحدث من الاولياء بغير إذنه، فلم يصح، كما لو زوجت بغير رضاها.

والرواية الثانية: الكفاءة شرط للزوم النكاح دون صحته، اختارها ابو الخطاب في خلافه الصغير. وأبو محمد وابن حمدان، لظاهر قول الله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتْقَاكُمْ﴾(٣) وقد زوّج النبي ﷺ ابنتيه من عثمان، ومن أبي العاص، ونسبه ﷺ منَ فوق نسبهما. وفي الصحيحين: «أنه ﷺ أمر فاطمة بنت

---

(١) فقد قال أحمد- رحمه الله-: إذا تزوج المولى العربية، فرّق بينهما. وقال: لو كان المتزوج حائكًا فرقت بنهما. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٧١، ٣٧٢).

(٢) أخرجه الترمذي في النكاح (٣)؛ وابن ماجه في النكاح (٤٦).

(٣)الآية ١٣ من سورة الحجرات.

قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه وهي قرشية» وعن أبي هريرة - ﷺ-: «أن أبا هند حجم النبي ﷺ في اليافوخ. فقال النبي ﷺ: يا بني بياضة، أنكحوا ابا هند، وانكحوا إليه» وقال: «إن كان في شيء مما تداوون به خير فالحجامة»(1) رواه أبو داود، وبنو بياضة من الأنصار، وأبو هند حجّام من مواليهم. وزاد أبو داود في المراسيل عن الزهري: فقالوا: «يا رسول الله، نزوّج بناتنا من موالينا». فأنزل الله عزّ وجلّ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى﴾(2) الآية. قال الزهري: نزلت في أبي هند خاصة قال: وعبد الحق الأشبيلي قد أسند هذا، والمرسل أصح.

وعن عبد الله بن بريده عن أبيه قال: «جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته. قال: فجعل الأمر إليها. فقالت: قد اجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم السناء أن ليس للآباء من الأمر شيء»(3) رواه ابن ماجه ورواه أحمد والنسائي، من حديث أبي بريده عن عائشة.

وقد روى الجواز أيضًا عن عدة من الصحابة- رضي الله عنهم-، وحديث أبي هريرة إن صح نقول بموجبه، إذ مقتضاه أنه لا يجب علينا تزويجه، وكذا نقول، ومراسيل الحسن من أضعف المراسيل. وقصة عمر وسلمان إن ثبتتا يحتمل أن ذلك منهما على سبيل الاختيار، ويدل على ذلك أن عمر قال: «لأمنعن» ولو كان هذا أمرًا متحتمًا لمنع قطعًا، ومن نص الأولى أجاب عن تزويجه ﷺ بنتيه لعثمان ولأبي العاص بأنهما من العرب، والعرب لا تتافضل على رواية. وكذلك قال أحمد في رواية أبي طالب، وغيره في الجواب عن حديث أسامة، وأسامة عربي جرى عليه الرق.

---

(1) وأخرجه الإمام أحمد في ٢/ ٣٤٢، ٤٢٣.

(2) الآية ١٣ من سورة الحجرات.

(3) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١٢)؛ والإمام أحمد في ٦/ ١٣٦؛ والنسائي في النكاح (٣٦).

وعلى رواية التفاصل، هم من قبيلة النبي ﷺ لأنهما من قريش. وعن قصة أبي هند بأن أحمد ضعفه وأنكره في رواية أبي طالب وغيره، وكذلك بقية الآثار.

قال المروزي: قلت لأبي عبد الله: قول النبي ﷺ: «يا بني بياضة، أنكحوا أبا هند» فأنكره إنكارًا شديدًا، وأنكر الأحاديث الذي فيها نكاح غير الأكفاء. وقال مهنا: سألته عن هذه الأحاديث: «إن عمر أراد أن يزوج سلمان» والأحاديث الذي جاءت فلان تزوج فلانة، وفلانة تزوجت فلانًا. قال: ليس لها إسناد.

وأما حديث بريدة فالتزم القاضي في التعليق في الجواب عنه بأن المبطل عدم الكفاءة في النسب فقط. قال: والذي فقد هنا يحتمل أنه الدين، أو الصناعة. وقال ابن أبي موسي: هذا الرجل كان كفؤًا، لأنه ابن عمها وهو مسلم. ويحتمل أنه كان أعور وأعرج أو فقيرًا، وذلك ليس بنقص في الكفؤ، قلت: إذ لم يكن نقصًا في الكفؤ. فلم خيرها النبي ﷺ. انتهى.

فعلى الرواية الأولى الكفاءة حق الله تعالى، وللمرأة والأولياء حتى من يحدث ولا يتصور العلم برضى الجميع فيبطل النكاح.

وعلى الثانية حق المرأة والأولياء فقط، فعليها يمكن العلم بالرضا ويتوقف على من هو له، فإذا رضيت المرأة والأولياء بغير كفؤ صح النكاح، لأن الحق لهم وإن عقده بعضهم، ولم يرض الباقون، فهل يقع العقد باطلاً من أصله، أو صحيحًا على روايتين، حكاهما القاضي في الجامع الكبير أشهرهما الصحة، لحديث الفتاة التي جاءت إلى رسول الله ﷺ. وعلى هذه لمن يرض من المرأة والأولياء المستوين الفسخ، وهل للأبعد الفسخ مع رضى الأقرب لما يلحقه من العار بفقد الكفاءة، أو لا فسخ له لأنه كالمعدوم ولحجبه بالأقرب فيه روايتان أشهرهما الأولى، حتى أن القاضي في الجامع الكبير قال: لا تختلف الرواية في ذلك.

تنبيهان :أحدهما: إذا حدثت الكفاءة وقت العقد. كما إذا أوجب النكاح لعبد فقال السيد: قالت النكاح له وأعتقته. فقال أبو العباس: قياس المذهب الصحة. قال ويتخرج عدمها من رواية إذا أعتقا معًا.

الثاني: حسب الإنسان ما يعدّه من مفاخر آبائه، وقيل شرف النفس وفصلها والكفؤ: المثل. واليافوخ: وسط الرأس والله أعلم.

(قال): ذو الكفؤ الدين والمنصب.

(ش): لما قال إن الكفاءة شرط لصحة النكاح أراد أن يبن الكفاءة ما هي. فقال: إنها الدين والمنصب[1]. وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، وإليها ميل أبي محمد. أما في الدين فلقول الله سبحانه: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِناً كَمَن كَانَ فَاسِقاً لَّا يَسْتَوُونَ﴾[2] ويلتزم أن نفي الاستواء يقتضي نفي الاستواء من كل وجه. كما قد صرح به القاضي وغيره من أصحابنا، ولأن الفاسق مردود الشهادة والرواية، غير مأمون، مسلوب الولاية، ناقص عند الله وعند خلقه، فلا يكون كفؤًا لعفيفة. وأما المنصب وهو النسب فلأن في حديث عمر المتقدم. قال: قلت: وما الأكفاء؟ قال: «في الحسب» رواه أبو بكر بإسناده. ولأن العرب يعدّون الكفاءة في النسب، ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصًا وعارًا.

والرواية الثانية: تعتبر الكفاءة في خمسة أشياء: الشيئين المذكورين، والحرية والصناعة، واليسار. اختارها القاضي في تعليقه، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، وأبو البركات وصححها أبو محمد في الحرية،

---

(١) اختلف عن أحمد – رحمه الله – في شروط الكفاءة. فعنه: هما شرطان: الدين والمنصب. ويعنى بالمنصب وهو النسب. وعنه أنها خمسة: الدين والمنصب والحرية والصناعة واليسار. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٧٤).

(٢) الآية ١٨ من سورة السجدة.

والشيرازي في اليسار وذلك، أما في الحرية فلأن النبي ﷺ خيّر بريرة حين عتقت[1]، وإذا ثبت الخيار في الاستدامة ففي الابتداء أولى.

وأما في الصناعة فلأن ذلك نقص في عرف الناس، أشبه نقص النسب، وقد روى العرب بعضهم لبعض أكفاء، قبيلة لقبيلة، وحي لحي، ورجل لرجل، إلا حائك أو حجّام. ذكره ابن عبد البر في التمهيد. وهو ضعيف. وقد بالغ ابن عبد البر. فقال: إنه منكر موضوع، ولكن أحمد قالك العمل عليه لما قال له مهنا. وقد قال: الناس أكفاء إلا الحائك والحجّام، يأخذ بالحديث وإذ ضعّفه. قال: العمل عليه.

وأما في اليسار، فلأن في عرف الناسب التفاصل بذلك. وقد قال ﷺ لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها: «أما معاوية فصعلوك لا مال له»[2].

تنبيهات: أحدها: قد تقدم أن الكفاءة، هل هي شرط للصحة أو للزوم على روايتين، وأن الكفاءة هل تعتبر في اثنين أو في خمسة على روايتين أيضًا واختلاف طرق الأصحاب هل روايتان الصحة واللزوم في الخمسة أو في بعضها. فقال القاضي في الجامع الكبير: وهو ظاهر كلامه في التعليق، وأبو الخطاب في الهداية، وأبو محمد وطائفة هما في الشرائط الخمسة. وقال في المجرد: محلّهما في الدين والمنصب فقط، وأما الثلاثة الباقة فلا تبطل رواية واحدة، وجمع أبو البركات الطريقتين فجعل في المسألة ثلاث روايات الثالثة يختص البطلان بالمنصب والدين فقط. وقال القاضي في المجرد: يتوجه اختصاص البطلان

(١) حديث بريرة أخرجه الإمام في مسنده. ٦/ ٤٢.

(٢) أخرجه مسلم في الرضاع (١٠٣)؛ وفي الطلاق (٣٦)؛ وأخرجه أبو داود في الطلاق (٣٩)؛ والترمذي في النكاح (٣٨)؛ والنسائي في النكاح (٢٢)؛ والإمام مالك في الطلاق (٦٧)؛ والإمام أحمد في ٦: ٤١٢.

بالنسب فقط. وهذه طريقته في الروايتين، وفي التعليق التزامًا كما تقدم. وقال أبو العباس لم أجد عن أحمد نصًا ببطلان النكاح لفقر أو رقّ، ولم أجد عنه نصًا بإقرار النكاح مع عدم الدين والمنصب، ونص عليّ التفريق بالحياكة، وفي رواية حنبل وعلى بن سعيد، هذه طريقة خامسة.

الثاني: الكفاءة في الدين أن لا يزوج العفيفة من المحرّم المفسق بفاسق كلام في التعليق من جهة فعل أو اعتقاد، وفي كون من شرب مسكرًا ولم يسكر كفؤًا لمن تقدم روايتان حكاهما ابن أبي موسى.

والمنصب هو النسب، فلا تزوج عربية بعجمي، والعرب بعضهم لبعض أكفاء، وسائر الناسب بعضهم لبعض أكفاء على إحدى الروايتين أو الروايات عن أحمد – رحمه الله –، واختيار أبي محمد في المدة لما تقدم من أن النبي ﷺ زوّج ابنتيه عثمان، وأبا العاص، وهما من بني عبد شمس، وزوّج أسامة فاطمة بنت قيس وهي قرشيّة، وزوّج على عمر ابنته أم كلثوم.

وهذا يدل على أن العرب كلهم في رتبة واحدة. وفي مسند البزار عن خالد بن معدان، عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «العرب بعضهم لبعض أكفاء» إلا أن خالدًا لن يسمع من معاذ. وحكى القاضي في الجامع الكبير، وأبو الخطاب والشيخان وغيرهم من أحمد رواية أخرى: أن القرشية لا تزوج لغير قرشي، والهاشمية لا تزوج لغير هاشمي، إذا العرب فضلت بقية الناس برسول الله ﷺ، وقريش أخص به من سائر العرب[1]، وبنو هاشم أخص به من قريش. وعنه ﷺ أنه قال: «إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل،

(١) قال الشيخ تقي الدين – رحمه الله –: ومن قال إن الهاشمية لا تزوج بغير هاشمي. بمعنى انه لا يجوز ذلك. فهذا ما رقّ من دين الإسلام، إذ قصة تزويج الهاشميات – من بنات النبي ﷺ – وغيرهن بغير الهاشميين: ثابت في السنّة ثبوتًا لا يخفى. فلا يجوز أن يحكى هذا خلافًا في مذهب الإمام أحمد – ﷺ –. وليس في لفظه ما يلد عليه. (الإنصاف: ٨/ ١١٠).

واصطفي من كنانة قريشًا، واصطفي من قريش بني هاشم، واصطفاني من بني هاشم»[1] وردّ أبو العباس هذه الرواية. وقال: ليس في كلام أحمد ما يدل عليها، وإنما المنصوص عنه في رواية الجماعة أن قريشًا بعضهم لبعض أكفاء. قال: وكذلك ذكر ابن أبي موسى، والقاضي في خلافه، وحكي رواية مهنا: قريش أكفاء بعضهم لبعض، والعرب أكفاء بعضهم لبعض، وموالي القوم منهم. قال أبو العباس: ومن قال إن الهاشمية لا تتزوج بغير هاشمي، بمعنى أنه لا يجوز مارق من دين الإسلام، إذ قصة تزوج الهاشميات من بنات النبي ﷺ وغيرهن، بغير الهامشيين، ثابت في السنّة ثبوتًا لا يخفي، فلا يجوز أن يحكى هذا خلافًا في مذهب أحمد وليس في لفظه ما يدل عليه، انتهى.

قلت: وكذلك حكى القاضي الرواية في الروايتين على نحو ما في الخلاف وصحّحها، وحكى ابن عقيل في التذكرة المسألة على ثلاث روايات، فجمع طريقتي شيخه في الجامع، وفي الخلاف.

تنبيه[2]: يجوز للعجمي تزوج موالي بنى هاشم، نص عليه في رواية أبي طالب. وقال: قول النبي ﷺ: «مولي القوم من أنفسهم» هو في الصدقة. ويحتمل رواية مهنا المتقدمة: «مولى القوم منهم» هو في الصدقة. ويحتمل رواية مهنا المتقدمة: «مولى القوم منهم» المنع. أما ولد الزنا فلا يكون كفؤًا لعربية لأنه أدنى من المولى. قاله أبو محمد. ومن اسلم كفؤً كمن له أبوان في الإسلام، نص عليه، وكيف لا والصحابة أفضل الأمة وأكفأ التابعين، فلا تردد.

أما السلامة من العيوب فلا يبطل عدمها قولاً واحدًا، نعم للمرأة الفسخ للعيب لا لفوات الكفاءة انتهى. والكفاءة في الحية أن لا تزوج حرة بعبد.

---

(١) أخرجه مسلم في الفضائل (١)؛ والترمذي في المناقب (١)؛ والإمام أحمد في ٤/ ١٠٧).

(٢) في نسخة «ج»: «الثالث» والمثبت من باقي النسخ.

قلت: ولا بمن بعضه رقيق.

واختلف فيمن مسّه أو مسّ أباه الرق هل يكون كفؤًا لحرّة الأصل، كلام أحمد يدل على روايتين. والجواز اختيار ابن أبي موسى وأبي محمد، وظاهر كلام أبي الخطاب في الانتصار، والمنع اختيار ابن عقيل.

واختلف أيضًا في موالي القوم هل هم أكفاء لهم؟ فعنه أنهم أكفاء لهم. لما روى أبو رافع مولى رسول الله ﷺ: «أن رسول الله ﷺ بعث رجلاً من بني مخزوم على الصدقة فقال لأبي رافع: أصبحنا كيما تصيب منها. قال: لا، حتى آتي رسول الله ﷺ فأسأله، فانطلق، فسأله، فقال: إن الصدقة لا تحل لنا، وإن مولى القوم من أنفسهم»[1] رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصحّحه.

وقول ﷺ: من أنفسهم، يشمل في الصدقة توفي غيرهم.

وعنه: واختاره القاضي في الروايتين وأبي محمد: ليسوا بأكفاء لهم، قصرًا على السبب، وهو الصدقة، ولأنه إذا كافًا لهم، قصرًا على السبب، وهو الصدقة، ولأنه إذا كافأ سيدته كافى من تكافيه سيدته، فيبطل اعتبار المنصب.

وأما الكفاءة في الصناعة فتعتبر في الحجامة بلا خلاف نعلمه في المذهب، فلا تزوج بنت بزّاز بحجّام، وكذلك في الكساحة، نص عليه، فلا تزوج بنت تانئ وهو صاحب العقار، وقيل الكثير المال بكسّاح، وهي يعتبر في الحياكة؟ فيه روايتان، وما عدا هذه الثلاثة من الصنائع الرديئة كالحارس والمكاريّ والمزّين والكباش والحماميّ ونحوهم فلا نص فيهم عن أحمد، قال ابن عقيل.

---

(١) أخرجه مسلم في الزكاة(١٦١)؛ وأبو داود في الزكاة (٢٩)؛ والدارمي في الصلاة (٢١٤)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٠١، وفي ٢/ ٤٤٤، ٤٧٦، وفي ٣/ ٤٤٨، ٤٩٠، وفي ٦/ ١٠، ٣٩٠.

ثم من الأصحاب من قصر الحكم على الثلاثة مدعيًا بأن الشرع لم يرد بغيرها، وأن القياس لا مدخل له هنا. ومنهم، وهو القاضي في الجامع، وأبو محمد، من عدّى ذلك إلى كل صناعة رديئة قياسًا على الحجامة.

قلت: والظاهر أن الشرع لم يدر في الكساحة بشيء. فنص أحمد عليها دليل على لحظ المعنى. ومعنى الكفاءة بالمال أن يكون يقّدر المهر والنفقة. وقاله القاضي، وأبو محمد في المغني، لأن هذا الذي يحتاج إيه في النكاح، ولم يعتبر أبو محمد في الكافي إلا النفقة فقط. واعتبر ابن عقيل أن يكون بحيث يغير عليها عادة، كانت عند أبيها في بيته.

الثالث[1]: الكفاءة المعتبرة في الرجل دون المرأة، إذ النبي ﷺ لا مكافئ له، وقد تزوج من أحياء العرب وتسرّى. وقال ﷺ: «من كانت عنده جارية فعلّمها وأحسن تعليمها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران» متفق عليه والمعنى في ذلك أن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه.

الرابع[2]: قال أبو العباس: ينبغي أن يكون الخيار في الفسخ على التراخي في ظاهر المذهب لأنه لنقص في المعقود عليه، فعلى هذا يسقط خيارها بما يدل على الرضا من قول وفعل، ولا يسقط خيار الأولياء إلا بالقول، وقال: إن قياس المذهب افتقار الفسخ إلى حاكم.

الخامس[3]: إذا كانت الكفاءة المعتبرة حال العقد موجودة ثم زالت بعده، فإن النكاح لا يبطل بذلك قولاً واحدًا، لكن هل للمرأة والأولياء الفسخ كما لو كان معدومة قبل العقد. ويعزى ذلك لأبي الخطاب، ويحتمله كلام شيخ في

---

(١) في نسخة «ج»ك «الرابع».

(٢) في نسخة «ج» «الخامس».

(٣) في نسخة «ج»: «السادس».

التعليق، أو لا يثبت لواحد منهما، أو يثبت ذلك للمرأة دون الوليّ، وهو الذي أورده المجد مذهبًا على ثلاثة أوجه، والله أعلم.

(قال): وإذا زوّج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاءة، فالنكاح ثابت وإن كرهت، كبيرة كانت أو صغيرة.

(ش): لا نزاع بين أهل العلم فيما نعلمه أن للأب تزويج ابنته البكر التي لم تستكمل تسع سنين وإن كرهت، بشرط أن يضعها في كفاءة. وقد حكاه ابن المنذر إجماعًا، ودل عليه قوله سبحانه: ﴿اللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[1] أي كذلك أو فعدتهن كذلك أو على التقديم والتأخير، وتقديره: أي في اللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر. على أن الصغيرة تزوج وتطلق لوقوع العدة عليها، ولا إذن لها والحال هذه. وعن عائشة – رضي الله عنها-: «أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين، وكثبت عنده تسعًا»[2] متفق عليه. وفي رواية لأحمد ومسلم: «تزوجها وهي ابنة تسع».

ولا إذن لها، أذن معتبرة وروى الأثرم: «أن قدامة بن مظعون تزوج ابنه الزبير حين نفست. فقيل له، فقال: ابنة الزبير إن مت ورثتني، وإن عشت كانت امرأتي» واختلف الرواية عن إمامنا أحمد في من استكملت تسع سنين فروى عنه كذلك: وإن بلغت، وهي اختيار الخرقي وجمهور الأصحاب:

---

(١) الآية ٤ من سورة الطلاق.

(٢) أخرجه البخاري في فتح الباري، كتبا النكاح: ٩/ ١٥٦؛ ومسلم في النكاح (٦٩، ٧٠، ٧٣)؛ وأبو داود في النكاح (٣٣)؛ وابن ماجه في النكاح (١٣، ٥٣)؛ والدارمي في النكاح (٥٦)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٤٢، ١١٨، ٢١١.

القاضي وولده أبو الحسين، وأبو الخطاب في خلافيه، والشريف وابن البنا، وأبي محمد، وغيرهم. لما روى ابن عباس – رضي الله عنهما –، أن النبي ﷺ قال «الثيّب أحق بنفسها من وليّها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها»(١) رواه مسلم [وغيره](٢). وفي رواية في الصحيح: «يستأمرها أبوها».

فتقسم النساء قسمين، وإثبات الحق لأحدهما دليل على نفيه عن الآخر وهي البكر، فيكون وليّها أحق منها وإلا فلا فائدة في التفرقة، لا يقال الفائدة التفرقة في صفة الإذن، لأنا نقول ظاهر الحديث أن الذي فرّق فيه حق الوليّ، ألا ترى أنه ذكر صفة الإذن بعد، وعلى هذا فالإذن في حقها على سبيل الاستحباب، وعلى هذا فالعلة في الجبارة البكارة.

وروى عنه: لا يجبرهما مطلقًا وهي أظهر. وقد قال الشريف إنها المنصوص عنه لما روى أبو هريرة – رضي الله عنه –، أن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح الأيّم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال أن تسكت»(٣) وعن عائشة قالت: «قالت يا رسول الله، تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: نعم. قالت: فإن البكر تستأمر فتستحي، فقال سكاتها إذنها»(٤) متفق عليهما. وعن ابن عباس: «أن جارية بكر أتت رسول الله ﷺ فذكرت له أن أباها زوّجها وهي كارهة، فخيّرها النبي ﷺ» رواه أحمد وأبو داود.

---

(١) أخرجه مسلم في النكاح (٦٧، ٦٨)؛ وأبو داود في النكاح (٢٥)؛ والإمام أحمد في ١/ ١٩، ٣٣٤.
(٢) من نسخة «ج».
(٣) أخرجه البخاري في النكاح (٤١) وفي الحيل (١١)؛ وأخرجه مسلم في النكاح (٦٤، ٦٥)؛ والإمام أحمد في ٢: ٤٣٤.
(٤) أخرجه البخاري في الإكراه (٣)؛ وفي الحيل (١١)؛ وفي النكاح (٤١)؛ وأخرجه مسلم في النكاح (٦٤، ٦٧)؛ وأبو داود في النكاح (١٢)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٥٠، ٢٥٩، ٢٧٩، ٤٢٥، ٤٣٤، ٤٧٥ وفي ٤/ ٣٩٤، ٤٠٨، ٤١١.

والعلة على هذا القول البكارة مع صغر مخصوص.

وعنه: تجبر ابنة تسع سنين، حكاها ابن أبي موسى وغيرها لما تقدم، ولا تجبر البالغة لأنها جائزة التصرف في مالها، أشبهت الثيّب الكبيرة، والعلة على هذا القول الصغر والبكارة. وظاهر كلام ابن عقيل أن العلة على هذا القول اصغر ومن نصر الأول حكى ما ورد من استئذان البكر على الاستحباب، أو على غير الأب.

وأجابوا عن حديث ابن عباس بأن أبا داود وأبا حاتم وغيرهما أعلوه بالإرسال، ثم يحتمل أن أباها زوّجها من غير كفؤ فخيّرت لذلك.

وفي هذه الأجوبة نظر، أما الأول فظواهر الأحاديث تخالفه، ومثل هذا الظاهر لا يترك إلا بأقوى منه.

وأما الثاني فالمرسل عندنا حجة على الصحيح لا سيما وقد اعتضد بظواهر الأحاديث.

وأما الثالث فالذي رتب عليه الحكم من دعا له رسول الله ﷺ بالفقه وعلم التأويل، وهو الكره لا غيره. وأما قوله ﷺ: «الثيّب أحق بنفسها، والبكر تستأمر». فالمراد – والله أعلم – في الرد والإيجاب في الخطبة، فالوليّ ليس له مع الثيب أمر في ذلك، ولهذا قال: «تستأمر» أي يطلب أمرها بخلاف البكر، فإنه لا مدخل لها في العادة في ذلك، وإنما تستأذن في الرضا بالنكاح فقط.

تنبيهات: أحدها: قد تقدم التنبية على علة الإجبار وسيأتي أن لنا وجهًا أن الثيّب الصغيرة تجبر مطلقًا وعلى هذا فالعلة في الإجبار الصغر عكس الأول، لكن لا أعرف قائلاً بذلك، وإنما أبو بكر يقول بإخبار ثيّب لم تبلغ تسعًا، فالعلة عنده صغر مخصوص، وأبو البركات ينتظم من كلامه أن في علة الإجبار ثلاث روايات

الصغر للكبارة أحدها، ويتلخص من مجموع ذلك ثلاثة أقوال.

الثاني: إذا قلنا لا تجبر المميزة بعد التسع هنا وفيما سيأتي، فهل لها إذن صحيح فتزوج به؟ فيه روايتان أنصّهما وأشهرها عن أحمد: نعم وبها جزم القاضي في تعليقه، وفي جامعه ومجرده، وابن عقيل في فصوله وتذكرته، وأبو الخطاب في خلافيه، والشريف وابن البنا، ونصبّها الشيرازي، وهو ظاهر كلام أبي بكر كما سيأتي، لظاهر قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾[1] الآية. ومفهومه أنّا إذا لم نخف لنا تزويج اليتيمة. وقد فسرته عائشة – رضي الله عنها – بذلك.

واليتيمة من لم تبلغ ولا أب لها، ومَن هذه حالها لا تزوج إلا بإذنها. وروى أبو هريرة – ﷺ – قال: قال رسول الله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها»[2] رواه الخمسة إلا ابن ماجه.

وعن أبي موسى، أن النبي ﷺ قال: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد أذنت، وإن أبت لم تكره» رواه أحمد، وهذا يفيد أنها تزوج بإذنها، وأن لها إذنًا معتبرة، وإنما قيدنا ذلك ببنت تسع، لقول عائشة – رضي الله عنها –: «إذ بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة»[3] رواه أحمد روى مرفوعًا عن ابن عمر، عن النبي ﷺ، ومعناه في حكم المرأة، ولأنها تصلح بذلك للنكاح، وتحتاج إليه، أشبهت البالغة، وعن أحمد رواية أخرى: لا إذن لها صحيح، فلا تزوج حتى تبلغ كإذنها في المال.

---

(١) الآية ٣ من سورة النساء.

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح (٢٣، ٢٥)؛ والترمذي في النكاح (١٩)؛ والدارمي في النكاح (١٢)؛ والإمام أحمد في ٤: ٣٩٤، ٤٠٨، ٤١١.

(٣) وأخرجه الترمذي في النكاح (١٩).

وقوله الخرقي: فرضعها في كافية مفهومة أنها إذا لم يضعها في كفاية أن النكاح غير ثابت فيحتمل بطلانه، وهو مقتضى كلامه السابق. إذ من مذهبه إن الكفاءة شرط للصحة، ولا تفريع على هذا. أما إذا قلنا أن الكفاءة شرط للزوم، ففي تزويج الأب والحال هذه روايتان.

إحداهما: بطلان النكاح رأسًا لأنه نكاح محرّم، أشبه نكاح المحرمة والمتعدة ونحوها.

والثانية: لا تبطل لان النهي لحق آدمي. وقد أمكن تداركه بثبوت الخيار له. فأشبه تلقي الركبان ونحوه على المذهب. وقيل: عن علم بفقد الكفاية لم يصح للتحريم وإلا صح، في الحال، كالوكيل يشتري معيبًا لم يعلم عيبه. وقيل يصح إن كانت كبيرة لاستدراك الضرر في الحال بثبوت الخيار لها، وإلا لم يصح. ومتى لم يبطل العقد فلها الخيار إن كانت كبير دفعًا للضرر الحاصل لها. قاله أبو محمد. ولا خيار لأبيها لإسقاط حقه باختياره، وإن كانت صغيرة فهل عليه الفسخ لأنه لحظها أو لا فسخ له ويمنع الزوج من الدخول بها حتى يصح إذنها فتختار؟ فيه وجهان.

ولغير الأب من الأولياء الفسخ على الصحيح من الروايتين وقد تقدمتا. وعلى كل حال فلا يحل له أن يزوج من غير كفؤ ولا من معيب.

وقول الخرقي «في كفاية»، يحتمل أن يريد به الكفؤ، ويحتمل أن يريد ما هو أعمل منه، فيدخل فيه المعيب.

الثالث[1]:نفست المرأة، إذا ولدت، بضم النون وفتحها مع كسر الفاء فيهما، أما إن حاضت فبفتح النون لا غير، والله أعلم.

---

(١) في نسخة «أ» و «د»: «تنبيه» وفي نسخة «ج» ما أثبتناه في النص، والمقصود: «التنبيه الثالث».

(قال): وليس هذا لغير الأب.

(ش): أي ليس غير الأب من الأولياء تزويج البكر بدون إذنها، صغيرة كانت أو كبيرة، لما تقدم من قوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها» ونحو ذلك مما يقتضي أن اليتيمة لا تزوج إلا بعد الإذن، وهو يدل بطريق التنبيه، على أن البالغة لا تزوج إلا بإذنها. إذا تقرر هذا فالطفلة لا إذن لها بالاتفاق، وإذن يمتنع تزويجها لفوات الشرط. أما إن بلغت تسع سنين، ففيها الروايتان المتقدمتان، والمذهب منهما صحة إذنها وتزويجها به كما تقدم، ولا عبرة بقول ابن المنجا إن المذهب أنها لا تزوج، لأنه اعتمد في ذلك على تقديم أبي محمد، وما استدل به من قصة قدامة بن مظعون.

وقول ﷺ: «هي يتيمة، ولا تزوج إلا بإذنها» دليل عليه لأن ظاهر أن اليتيمة لها إذن صحيح تزوج به. انتهى.

أما إن بلغت فلا إشكال في صحة إذنها وتزويجها به.

وعن أحمد رواية أخرى أن لغير الأب الأولياء تزويج الصغيرة، ولها الخيار إذا بلغت. لظاهر قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى﴾[1] والآية. مفهومه أنه إذا لم نخف، لنا تزويج اليتيمة، وهو شامل لمن لها دون التسع، ويفيد النكاح على هذه الرواية الحل والإرث، قاله أبو البركات فيكون النكاح صحيحًا، وخيارها كخيار المعتقة تحت عبد، وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه لا يفيدهما لأنه جعله موقوفًا.

ثم قال: فإذا بلغت تسع سنين فأجازته جاز، وإن ردّته بطل، ولم يقل انفسخ. ويؤيد هذا أن الأصحاب أخذوا من هذه الرواية وقف النكاح على

---

(١) الآية ٣ من سورة النساء.

الإجازة، وقد علم أن النكاح الموقوف على الإجازة لا يفيد حلاً ولا إرثًا كما تقدم. انتهى.

والمراد بالبلوغ: البلوغ المعتاد على ظاهر كلام أحمد، وهو قياس رواية عدم صحة إذن بنت تسع سنين، وقياس المذهب في صحة إذن ابنة تسع أنه بلوغ تسع سنين، وهو الذي قطع به ابن أبي موسى والشيرازي، والله أعلم.

(قال): ولو استأذن البكر البالغة والدها، كان حسنًا.

(ش): خروجًا من الخلاف، وتطييبًا لقلبها، ولهذا استحب استئذان المرأة في ابنتها، قال ﷺ: «آمِرُوا النِّسَاءَ فِي بَنَاتِهِن»(١) وقد يقال من هنا ان ظاهر كلام الخرقي أنه لا إذن لابنة تسع، وإلا لأستحب استئذانها. وقد يقال استضعف الخلاف فيها فلم يعرج عليه، والله أعلم.

(قال): وإن زوج ابنته الثيّب بغير إذنها فالنكاح باطل، وإن رضيت بعد.

(ش): الضمير راجع للأب، ولا ريب أنه ليس له تزويج الثّيب والكبيرة أنها لا تزوج إلا بإذنها. واختلف هل له تزويج الثيّب الصغيرة بدون إذنها على قولين مشهورين الذي عليه عامة الأصحاب: ابن بطة، وصاحبه أبو جعفر بن المسلم، وابن حامد، والقاضي، والشريف، وأبو الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي، وأبو محمد: لا، لعموم ما تقدم.

والثاني: نعم، لعموم الآية إن قيل بعدم صحة إذن ابنة تسع، وقياسًا على إجبار الصغيرة التي لم تبلغ.

قال ابن عقيل: أصل الوجهين في الثيّب الصغيرة ما تقدم في الروايتين في البكر البالغ إن قلنا هناك لا تجبر البالغ مع البكارة. قلنا هنا: تجبر الثيّب مع

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الاستئمار: ١/ ٤٨٣؛ والإمام أحمد في ٢/ ٣٤.

الصغر، وإن قلنا هناك تجبر فلا تجبر هنا، وهذا الذي اقتضى – والله أعلم – لأبي الخطاب في الانتصار، وأبي البركات، حكاية الخلاف على روايتين، وأرادا مخرجتين، وإلا فعامّة الأصحاب على حكاية وجهين، وهنا شيء آخر، وهو ان أبا البركات إنما حكى الخلاف في ابنة تسع، وجعل مَن لم تبلغها تجبر بلا خلاف. وهذه طريقة أبي الخطاب في الانتصار، فإنه قال بعد ذكر الخلاف: وهذا إنما نقوله في حق المراهقة ومن تستلذ بالوطء. لأنّا نعلل بالاختيار. ومن لا تستلذ لا تجبر.

وعامة الأصحاب يطلقون الخالف[1].فيشمل من لم تبلغ التسع، ويعني جريان الخلاف في ذلك أن أبا بكر قال في الخلاف: الثيّب إذا كان لها دون تسع سنين لا يزوجها أحدًا، إلا الأب يزوجها ولا يستأمرها.

قال القاضي: فعلى(*) قوله تجبر على النكاح إلا أن تبلغ سنًّا يصحّ إذنها فيها وهو تسع سنين. والقاضي وأصحابه ينصبون الخلاف معه، وإذا كان هو إنما يقول بإجبار مَن لم تبلغ تسعًا، فهم يقولون لا تجبر. ثم إن أبا بكر ظاهر كلامه أن الثيّب إذ بلغت تسعًا زوجت بإذنها. والأصحاب يوافقونه على هذا. وهذا في غاية الجودة ولا تأباه طريقة أبي بركات، وبه يحصل الجمع بين الآية والأحاديث: إذ قول تعالى: ﴿اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[2] يشمل الثيّب، فيحمل على من لم تبلغ تسعًا، وقوله ﷺ: «الثيّب أحق بنفسها من وليّها، وليس للوليّ مع الثيّب أمر» وغير

---

(١) وبسط الأمر في هذه المسألة: الثيّب العاقلة التي لها دون تسع سنين، له إجبارها على الصحيح من المذهب، وقطع به كثير من الأصحاب. أما الثيّب العاقلة التي لها تسع سنين فأكثر ولم تبلغ ففي جواز إجبارها. أحدهما: ليس له إجبارها. وهو المذهب وعليه جمهور الأصحاب. أما الثيّب البالغة العاقلة فليس له إجبارها بلا نزاع. (الإنصاف: ٨/ ٥٦).

(*) من هنا يبدأ سقط في نسخة «ج» مقداره ولوحة تقريبًا.

(٢) الآية ٤ من سورة الطلاق.

ذلك، يحمل على من بلغتها، وإلا قيل بإجبار الثيّب غير البالغة مطلقًا، لزم خروج الأب من الأحاديث رأسًا. ولو قيل بعد إجبارها لزم خروجها من الآية رأسًا، ولا يخفى أن الحمل ما تقدم أقل تخصيصًا، وأظهر في المعنى.

وينتظم من هذا، ومما تقدم في البكر أن المرجح أن للأب تزويج من لم تبلغ تسعًا مطلقًا، وكذلك من بلغتها بإذنها كغيره من الأولياء.

وقول الخرقي: وإن رضيت بعد، بناء على المذهب من أن النكاح لا يقف على الإجازة.

وقوله: بغير إذنها، مفهومه إنه إذا زوّجها بإذنها أنه يصحّ، وهو يعتمد أن يكون لها إذن، وذلك في البالغة بلا نزاع، وفي ابنة تسع على الصحيح، وحكم غير الأب كالأب في ذلك.

تنبيه: لم يصرح الخرقي بذكر المجنونة وحكمها أن الأب يجبرها لو كانت عاقلة بلا نزاع بطريقة الأولى وهل يجبر لو كانت عاقلة؟ فيه وجهان:

أحدهما، وهو اختيار القاضي والشيخين وغيرهما: يجبرها لأنها أسوأ حالاً من الصغيرة.

والثاني، وهو قول أبي بكر الخلاف ظاهر، وعموم قول الخرقي في هذه المسألة لا يجبرها لظاهر: «ليس للوليّ مع الثيّب أمر» وغير ذلك. وحكم وصيّ الأب في النكاح حكم الأب أم غيره الأب من الأولياء، فقيل، وهو اختيار أبي الخطاب والشيخين لهم تزويجها بشرط أن يظهر منها الميل إلى الرجال[1] لحاجتها إذن لدفع ضرر الشهوة، وصيانتها من الفجور، مع ما فيه من مصلحة تحصيل

(١) وتعرف شهوتها لرجال من كلامها، ومن قرائن أحوالها، كتتبّعها للرجال، وميلها إليهم. ونحو ذلك. (الإنصاف: ٨/ ٦١).

المهر والنفقة وغير ذلك.

قال أبو محمد: وكذلك ينبغي أن تزوج إذا قال أهل الطلب إن علّتها تزول بتزويجها، لأن ذلك من أعظم مصالحها وقيل: وهو ظاهر الكلام الخرقي ليس لهم ذلك، لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كالعاقلة.

وقيل يملك ذلك الحاكم لكمال نظره وولايته العامة بخلاف غيره من الأولياء، ومحل الخلاف إذا لم يكن وصيّ في النكاح، أما مع وجوده فحكمه حكم الأب على ما تقدم، والله أعلم.

(قال): وإذن الثيّب الكلام، وإذن البكر الصمات.

(ش): للأحاديث السابقة فإنها نص في أن إذن البكر الصمات، وظاهره في أن إذن الثيّب الكلام[1]، إذ تخصيص البكر بالصمات ظاهر في أن الثيّب إذنها النطق. وقد روى الأثرم عن عديّ الكنديّ، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الثيّب تعرب عنه نفسها، والبكر رضاها صمتها» وقد دخل في كلام الخرقي مَن تابت بزنا، وصرّح به الأصحاب لعموم الحديث، ولأنه الحكمة التي اقتضت التفرقة بينهما وبين البكر مباضعة الرجال ومخالطتهم، وهذا موجود في المصابة بالزنا، ولها قال الأصحاب: إن البكارة لو زالت بإصبع أو وثبة فهو كما لو لم تزل في بقاء إذن البكر لعدم المباضعة والمخالطة، وعكس هذا لو عادت بكارتها بعد زوالها بوطء هي في حكم الثيّب، ذكره أبو الخطاب أنه محلّ وفاق لوجود المباضعة.

وعموم كلام الخرقي يشمل الأب وغيره، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الميموني، وصرح به أبو الخطاب في الانتصار، وشيخه في الجامع الكبير، وفي

---

(١) يعتبر في الاستئذان تسمية الزوج على وجه تقع المعرفة به، ولا يشترط تسمية المهر على الصحيح. كما لا يشترط الأشهاد على إذنها أو رضاها. (الإنصاف: ٨/ ٦٤).

التعليق في موضع، وأبو محمد وغيرهم. وقال القاضي في التعليق في مسألة إجبار البالغة من أصلنا أن إذن البكر في حق غير الأب النطق، وقال ذلك أيضًا فيمن رأي عبده يتّجر فسكت. وكذلك قال في المجرد في نكاح الكفّار، والمذهب الأول لقول النبي ﷺ: «إذن البكر صماتها» وهو عامّ وقال: «تستأمر اليتيمة فإن سكتت فهو إذنها» وفي لفظ: «فقد أذنت»واليتيم من لا أب له.

تنبيه: قال أبو العباس: يعتبر في الاستمار تسمية الزوج على وجه تقع المعرفة به ولا تشترط تسمية المهر على الصحيح، والله أعلم.

(قال): وإذا زوّج ابنته بدون صداق مثلها فقد ثبت النكاح [بالمسمّى].

(ش): هذا هو المنصوص والمختار لعامة الأصحاب، لما روى أبو العجفاء- رضي الله عنه- قال: «خطبنا عمر فقال: ألا لا تغالوا في صدق النساء، فإنه لو كان مكرمة في الدنيا، أو تقوى في الآخرة، كان أولاكم بها النبي ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أو قيه»[1] رواه الخمسة وصحّحه الترمذي. وهذا قاله بمحضر من الصحابة ولم ينقل مخالفته، فينزل منزلة الإجماع.

وظاهره أن كل واحد يصح أن يزوج موليته على مثل هذا المهر وإن كان مهر مثلها أكثر، وإنما خصصنا ذلك بالأب لأنه الذي له الولاية التامة، ولما سيأتي وعن سعيد بن المسيب أنه زوج ابنته بدرهمين، وهو من سادات قريش شرفًا وعلمًا ودينًا، ومن متموّليهم أيضًا، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها، ولان المقصود من النكاح السكن ووضع المرأة عند من يصونها ويحسن عشرتها لا العوض.

---

(١) أخرجه مسلم في النكاح (٧٨)؛ وابن ماجه في النكاح (١٧)؛ والدارمي في النكاح (١٨)؛ وأبو داود في النكاح (٢٨)؛ والنسائي في النكاح (٦٦)؛ والإمام في أحمد في ١/ ٤٠، ٤١، ٤٨.

والظاهر من الأب مع تمام شفقته أنه لا ينقص ابنته عن مهر مثلها إلا لهذا المعاني أو بعضها، لا سيما وهو غير متهم، وبهذا خرج سائر الأولياء، وخرج أيضًا بيع الأب لسلعتها لأن المقصود تحصيل العروض لا غير فلذلك لم يجز أن يبيع بدون ثمن المثل.

وظاهر كلام ابن عقيل في الفصول اختصاص هذا الحكم بالأب المجبر.

قال: وإذا زوّج الأب ابنته التي يملك إجبارها، وهي الصغيرة رواية واحدة، والبكر البالغة في إحدى الروايتين، بدون مهر مثلها يثبت المسمّى. وللقاضي في تعليقه احتمال بأن حكم الأب مع الثيّب الكبيرة حكم غيره من الأولياء. وحكى ابن حمدان في رعايتيه قولاً على أن الزوج بقية مهر المثل وأطلق. وكلام الخرق يشمل وإن كرهت. ونص عليه أحمد والأصحاب.

وقد يستشكل بأن من لا يملك إجبارها إذا قالت: أذنت لك أن تزوّجني على مائة درهم لا أقلّ، فكيف يصح أن يزوّجها على أقلّ من ذلك؟ وقد يقال: إذنها في المهر غير معتبر فيلغى ويبقى أصل إذنها في النكاح، والله أعلم.

(قال): وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها.

(ش): إذا زوج غير الأب موليته بدون مهر مثلها فإن النكاح صحيح، لأن قصاراه أن التسمية فاسدة، والنكاح لا يبطل بفساد التسمية، ويجب مهر المثل جريًا على القاعدة بأن التسمية إذا فسدت وجب مهر المثل.

وظاهر كلام الخرقي، وهو المذهب عند أبي الخطاب وأبي محمد وغيرهما أن جميع مهر المثل على الزوج، وذلك لان التسمية لما فسدت لعدم الإذن فيها شرعًا وجب على الزوج مهر المثل إذ هو بدل البضع، كما لو زوّجها الوليّ على

محرم[1]، وحكى أبو البركات وغيره أن تمام مهر المثل على الوليّ لأنه مفرّط، أشبه الوكيل في البيع إذا باع بدون ثمن المثل، أو بدون ما قدّر له وصححناه على المنصوص(*)، وأخذ ذلك – والله أعلم– من قول أحمد: أخاف أن يكون ضامنًا [له، وليس، بالبيّن][2]. ظاهره أن الوكيل يضمن ما نقص من مهر المثل.

وفهم أبو محمد من هذا النص أن الوليّ يضمن الزوج، فقطع في المغني بوجوب مهر المثل على الزوج. وجعل الولي ضامنًا له وليس بالبيّن.

وأعلم، أنه قد يطلب الفرق على المذهب بين هذا وبين الوكيل. وقد يفرق بأن القاعدة عندنا أن النهي يقتضي الفساد، فالوليّ لمّا خالف ما أمر به فسدت التسمية، وإذا فسدت لم يفسد العقد كما هو مقرر في موضعه، ووجب الرجوع إلى مهر المثل ويجب جميعه على الزوج، إذ القاعدة أن العوض يجب على من حصل له المعوّض، والمعوّض حصل للزوج، فوجب استقرار العوض عليه، أما في البيع فمن راعى هذين الأصلين من غير نظر إلى معنى آخر، كأبي محمد أبطل البيع.

وأما على المنصوص فنقول: النهي إذا كان لحقّ آدمي معين، وأمكن تداركه لا يبطل العقد كتلقّي الركبان ونحوه. وهنا كذلك لأنه أمكن زوال المفسدة التي لأجلها ورد النهي، بأن يجعل على الوكيل ضمان النقص لتفريطه، ولا يمكن أن يجعل على المشتري لأنه زيادة على الثمن الذي وقع العقد عليه مع صحة الثمن، ولا أن تلغى التسمية لأن العقد إذن يفسد، والأصل تصحيح كلام المكلّف مهما أمكن، والله أعلم.

---

(١) وعلى الوليّ ضمانه لأنه المفرّط، فكان عليه الضمان، كما لو باع مالها بدون ثمن مثله. قال أحمد– رحمه الله–: أخاف أن يكون ضامنًا، وليس الأب مثل الوليّ، ولا تملك المرأة الفسخ، لأنه قد حصل لها وجوب مهر مثلها. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٩٢).

(*) إلى هنا انتهى السقط الموجود في نسخة «ج».

(٢) زيادة من نسخة «أ».

(قال): ومن زوّج غلامًا غير بالغ أو معتوهًا لم يجز إلاَّ أن يزوجه والده، أو وصيّ ناظر لهُ في التزويج.

(ش): للأب أن يزوّج ابنه الذي لم يبلغ على المذهب المنصوص(1)، لما روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر [- رضي الله عنهما- أنه زوّج ابنه بغير توليته](2) وهو صغير، فاختصموا إلى زيد، فأجازاه جميعًا، ولأنه يتصرف في ماله بغير توليه، فكان لو تزويجه كابنته الصغيرة. وظاهر كلام الخرقي وكثيرين أنه لا يشترط حاجة الصغير.

وقال القاضي في المجرد: الصغير كالمجنون إن كان محتاجًا إلى النكاح زوّجه، وإلا فلا، فإن أراد الحاجة إلى النكاح، وهو الذي فهمه ابن عقيل لأنه قال: هذا إنما يتصور في المراهق.

وظاهر كلام أحمد والأصحاب خلافه، وإن أراد الحاجة مطلقًا بغير مخالف. لأن الأب وغيره تصرّفهم منوط بالمصلحة. انتهى.

وللأب أيضًا أن يزوّج ابنه المعتوه أي المجنون(3)، وهذا ظاهر كلام أحمد، وإختيار أبي الخطاب والشيخين وغيرهما، لأنه مكلف أشبه الصغير، بل أولى لأنه يتوقع منه النظر عند الحاجة إليه، بخلاف المجنون.

---

(1) فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة، فالغلام أولى، وفارق الأب ووصيّه فإن لهما تزويج الصغيرة وولاية الإجبار. وهذا الحكم سواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن. فإن لا إذن له. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٩٢).

(٢) ما بين القوسين من نسخة «ج» ومن المغني والشرح الكبير: ٧/ ٢٩٣.

(٣) كتب في هامش نسخة «د» ما نصّه: «فسّر الزركشي هنا المعتوه بالمجنون. وقد ذكر ابن حمدان في الرعاية في الحصانة أن المعتوه غير المجنون، وفسر في شرح المحرر المعتوه بالمختل العقل، ولعله أراد أنه منزلة بين منزلتين لا هو كامل العقل ولا المجنون، وهذا أولى». ولعل ذلك من وضع ممتلك النسخة حيث كتبت بخط مغاير الخط المخطوط.

وشطر القاضي لذلك أن يظهر منه أمارات الشهوة من تتبُّع النساء ونحو ذلك، وحمل كلام أحمد والخرقي على ذلك، إذ تزويجه مع عدم ذلك إضرار به لالتزامه حقوقًا لا مصلحة في التزامها(١).

ومنع أبو بكر في الخلاف من تزويج البالغ مطلقًا، لأنه بالغ محجور عليه أشبه المفلس.

ومحل الخلاف في المجنون المطبق، أما من يخنق أحيانًا فلا يزوّج إلا بإذنه.

ومن زال عقله ببرسام ونحوه إن رجى زوال عقله فكالمخنق، وإلا فكالمجنون. انتهى.

ووصيّ الأب في النكاح قائم مقامه فيزوّج الصغير والمجنون كالأب، لأنه قائم مقامه ونائب منابه، وهذا يعتمد أصلاً. وهو أن ولاية النكاح تستفاد بالوصيّة، وهو إحدى الروايات عن أحمد، والمختار لجمهور الأصحاب: القاضي وولده أبي الحسين، والشريف، وأبي الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي، وابن البنا، وأبي محمد وغيرهم، لأنه ولاية ثابتة، فجازت الوصية بها كولاية المال، ولأن له أن يستنيب في حياته، فذلك بعد مماته كالمال، وعنه، واختاره أبو بكر، لا يستفاد بذلك، لأنه ولاية تنتقل إلى غيره. فلم تجز الوصية بها كالحضانة يحققه أنه لا ضرر على الوصيّ في وضعها عند من لا يكافيها. فهو كالأجنبي.

واستدل لها بما روى ابن عمر قالك «توفى عبد الله بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم، وأوصى على أخيه قدامة بن مظعون. قال: عبد الله: وهما خالاي. قال: خطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عبد الله بن مظعون

(١) وفي البالغ المعتوه قال أحمد: للأب تزويجه مع ظهور إمارات للشهوة، وهذا أيضاً مذهب الشافعي رحمه الله. وعلي اعتبار حاجته إلي النكاح، فإنها لا تقتصر على قضاء الشهوة. فقد تكون حاجته للإيواء. وربما كان الزوج دواء له يرجى به شفاؤه (المغني والشرح الكبير:٧/ ٣٩٤).

فزوّجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة، يعنى إلى أمها فأرغبها [في المال] فحطت إليه، وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبيا حتى ارتفع أمرهما على رسول الله ﷺ فقال قدامة بن مظعون يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلي. فزوّجتها ابن عمّتها فلم أقصر لها في الصلاح ولا في الكفاءة، ولكنها امرأة، وإنما حطت إلى هوى أمها. قال: فقال رسول الله ﷺ: هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها. قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوّجوها المغيرة بن شعبة»(١) رواه أحمد والدارقطني. ولو استفاد ولاية النكاح بالوصية لملك الإجبار كالأب. لم يكن لها معه إذن، وحمله القاضي على أنه كان ولياً في المال. ويرده تعليله ﷺ بقوله: «هي يتيمة»ولم يقل ولايتك في المال لا في النكاح.

لكن قد يقال إن هذه واقعة عين. فيحتمل أن هذه اليتيمة كانت ابنة وكذلك وصيّه في النكاح ، قل قد لأن هذا الحديث يستدل به على أنه ولاية النكاح تستفاد بالوصية لأنه زوّج بذلك. ولم ينكر عليه [النبي ﷺ](٢) ذلك.

وقد يقال إنما لم ينكر عليه لأنه له ولاية بالعمومة، لكن إذن يبقى ذكر ابن عمر وابن مظعون الوصية ضائعًا.

وعن أحمد: رواية ثالثة حكاها القاضي في الجامع الكبير، وهي اختيار ابن حامد إن كان ثمّ عصبة لم تستفد، حذارًا من إسقاط حقّهم، إلا استفيدت لعدم ذلك.

وشرط الخرقي أن يكون وصيًا في النكاح، فلو كان وصيًا في المال لم يكن له ولاية التزويج لأنها إحدى الوصيتين فلا يملك بها الأخرى كوصية النكاح لا يملك بها المال. ثم ظاهر كلام المصنف والإمام والأصحاب أنه لا خيرا للصبي والحال هذه إذ بلغ.

---

(١) أخرجه أحمد في٢/ ١٣٠: والدارقطني في سننه. كتاب النكاح:٣/ ٢٣٠.

(٢) في نسخة «ج»: «عليه السلام».

قال القاضي: وجدت في رقعة بخط أبي عبد الله جواب مسألة: إذا زوّجه نظرًا للصغير وهو وصيّ ثبت نكاحه وتوارثا. فإذا بلغ فله الخيار، انتهى.

وليس لغير الأب والوصيّ من الحاكم، ووصيّ تزويج الصغير والمجنون، لأنه إذا لم يكن لهما تزويج الصغيرة. فالصغير أولى. وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب كما اقتضاه كلام الخرقي. وإليه مَيْل أبي محمد، وأجاز ذلك ابن حامد خاصة، بشرط مَيْل المجنون إلى النساء بأن يتبعهنّ ونحو ذلك. وألحق أبو محمد بذلك ما إذا قال أهل الخبرة إن علّته تزول بتزويجه. وتبع القاضي في المجرد، وأبو البركات، ابن حامد بغير شرط. لأنه يلي ماله أشبه الأب. ومن هنا يخرج لنا قول إن الجد يزوّج الصغير إن قلنا يلي ماله.

تنبيهان: أحدهما: كلام الخرقي فيما تقدم يشمل الأب الكافر، وصرح به القاضي لأن الحظ والشفقة موجودة فيه فأشبه المسلم، ولنا وجه في الكافر أنه لا يلي مال ولده الكافر فيخرج هنا كذلك.

الثاني: طلاق الخرقي يقتضي أن للأب تزويج ابنه الصغير بأربع وصرح به القاضي في الجامع الكبير، لأنه قد يرى المصلحة في ذلك قلت قال في المجرد قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من واحدة، إذا حاجته تندفع بذلك. والله أعلم.

(قال): وإذا زوّج أمته بغير إذنها لزمها النكاح وإن كرهت. كبيرة كانت أو صغيرة.

(ش): هذا هو المذهب المعروف المجزوم به عند الأصحاب، لأن النكاح عقد على منفعتها، وهي مملوكة أشبه إجازتها[1]، ونقل أبو عبد الله النيسابوري عن أحمد أنه سأل: هل يزوّج الرجل جاريته من غلامه بغير مهر. فقال: لا

(١) ولهذا ملك الاستمتاع بها، وبهذا فارقت الأمة العبد، ولأنه ينتفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها، ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٣٩٩).

يعجبني إلا بمهر وشهود. قيل: فإن أبت هي وقالت: لا أتزوّج، فللسيّد أن يكرهها على ذلك؟ قال لا إلا بإذنها.

قال أبو العباس: فظاهر هذا أن السيّد لا يجبر الأمة الكبيرة، بناء على أن منفعة البضع ليست بمال، بدليل أن المعسرة لا تلزم بالتزويج، ولا تضمن باليد اتفاقًا، وملك السيّد لها كملكة لمنفعة بضع زوجته. والقاضي ذكر هذا النص في الجامع الكبير فيما إذا وجد أحدهما بالآخر عيبًا به مثله. وقال: ظاهر هذا أنه لم يجعل للسيّد إجبار أمته على نكاح العبد وإن كان مساويًا لها، فيقتضي أن المساواة في النقص لا يمنع الفسخ. قال أبو العباس: في هذا نظر، إذ الرق من باب عدم الكفاءة، ولو زوّجت لامرأة بمن يكافئها في النسب ونحوه لم يكن لها فسخ بحال.

قلت: وتمام هذا أن العبد والحال هذه مكافئ للأمة فلا يكون لها فسخ .

وقد يقال: مسلّم أنه لا فسخ لها لوجود المكافأة. وإنما لها افسخ للعيب وهو الرق، إذ ليس للوليّ أن يزوّج موليته بمعيب، كما هو مقرر في موضعه.

وقد شمل كلام الخرقي: المدبّرة والمعلّ عتقها بصفة، وأمّ الولد، والمكاتبه، وهو صحيح فيما عدا المكاتبة لمساواتهن للأمة فيما تقدم، أما المكاتبة فليس لها إجبارها على النكاح لأنها قد ملكت منافعها عليه، ولهاذ لا يجوز له وطؤها ولا إجارتها. والله أعلم.

(قال): وإذا زوّج عبده وهو كاره لم يجز إلا أن يكون صغيرًا.

(ش): لا يملك السيد إجبار عبده الكبيرة على النكاح، نص عليه أحمد.

وقال الأصحاب: لأنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحرّ،

لأن النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحرّ[1]، وكذلك الصغير على وجه.

قال أبو الخطاب في الانتصار: والمذهب وهو المنصوص أن له إجباره قياسًا على الابن الصغير بل أولى لثبوت الملك له عليه، والحكم في العبد المجنون كالحكم في الصغيرة، قاله الشيخان، والله أعلم.

(قال): وإذا زوّج الوليّان فالنكاح للأول منهما.

(ش): لما روى الحسن عن سمرة، عن النبي ﷺ، قال: «إيما امرأة زوّجها وليّان فهي للأول منهما، وأيما رجل باع بيعين من رجلين فهو للأول منهما»[2] رواه الخمسة وحسنّه الترمذي. وروى الأثرم بسنده عن إبراهيم: «أن عليًا قضى بذلك» لكن في سماع الحسن من سمرة خلاف.

وقد شمل كلام الخرقي وإن لم يعلم الثاني ودخل بها وهو كذلك، خلافًا لمالك، لعموم الحديث. وقول الخرقي: زوّج الوليّان. يعني بشرطه وهو أن تأذن لهما في نكاحها ويتساويا في الدرجة كالاثنين والأخوين ونحوهما، وهذا قد علم مما تقدم، والله أعلم.

(قال): فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرّق بينهما، وكان لها عليه مهر مثلها.

(ش): إذا زوّج فدخل بها الثاني، والحال أنه لا يعلم أنها متزوجة فإنه يفرّق بينهما لتردّ لزوجها ، وهذا تفريق حسن من غير فسخ لبطلان النكاح، قاله أبو محمد وكذلك قال ابن أبي موسى: نزل منها من غير بطلان.

---

(١) ولا يقاس النكاح على الإجارة، لأن الإجارة عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٤٠١).

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح (٢١)؛ والترمذي في النكاح (٢٠)؛ والنسائي في البيوع (٩٦)؛ والدارمي في النكاح (١٥)؛ والإمام أحمد في ٥/ ٨، ١٨ .

واستشكل بأن مالكًا – رحمه الله – قال: تصير زوجة الثاني بالدخول، وإذن يجب الطلاق كالأنكحة الفاسدة.

وأجيب بأن الإباحة حصلت بالوطء لا بالعقد. انتهى.

الأصل قوله عليه الصلاة والسلام: «إيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»[1] الحديث.

وهل يجب مهر المثل أو المسمّى؟ قال الخرقي: مهر المثل، وصححه أبو محمد، لأنه يجب بالإصابة بالتسمية.

وقال أبو بكر في الخلاف: يجب المسمى.

قال القاضي: وهو قياس الذهب، إذ من أصلنا أن النكاح الفاسد إذ حصل فيه دخول وجب المسمّى. وحمل كلام الخرقي على أنه لا مسمّى.

ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا لم يدخل بها الثاني لا تفريق لوجوده حسًا، ولا مهر، لأن وجوبه بالإصابة [لا بالتسمية][2] ولا إصابة ومقتضى قول القاضي وجوبه بالخلوة كما في النكاح الفاسد عنده.

وقوله: «وهو لا يعلم»قد يقال: خرج مخرج الغالب حملاً الحال المسلم على السداد، وإذن لا مفهوم له فيفرّق بينهما أيضًا ويجب لها المهر، نعم إن كانت هي أيضًا عالمة فلا مهر لها لأنها إذن زانية، والله أعلم.

(قال): ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها فيه الثاني.

---

(١) أخرجه أبو داود في النكاح (١٩، ٣١، ٤٩)؛ والترمذي في النكاح (١٥)؛ والإمام مالك في النكاح (٣، ٢٧).

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من «أ»، و «د» والمثبت من «ج».

(ش): إنما لم يصبها زوجها حتى تحيض ما ذكر، فلأنها معتدة من غيره، المعتدة لا يجوز وطؤها حذار من اختلاط المياه. قال ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الأخر فلا يسقى ماؤه زرع غيره»[1].

وبيان لزوم العدة أنها موطوءة بشبهة. والموطوءة بشبهة تلزمها العدة لتحصل براءة رحمها، حفظًا للأنساب. وتعتد عدة المطلّقة لاشتراكهما في الحقوق النسب. ولو كان الخرقي قال تعتد المطلّقة، لكان أجود لشموله. ومفهوم كلام الخرقي أن له يستمتع بها لتخصيصه المنع بالإصابة، وهو أحد الوجهين. والله أعلم.

(قال): وإن جهل الأول منهما، فسخ النكاحان.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن أحمد – رحمه الله–، واختيار أبي محمد في المغني لأن كل واحد منهما والحال هذه يحتلم أن نكاحها صحيح ولا سبيل إلى الجمع، ولا إلى معرفة الزوج يقينًا، والانتظار لا الرعاية مجهول، فيتعيّن فسخ النكاحين لإزالة الضرر المنفي شرعًا[2].

والرواية الثانية، هي اختيار أبي بكر النجاد، والقاضي في التعليق، والشريف وأبي الخطاب والشيرازي يقرع بينهما، إذا القرعة تزيل الإبهام، وقد دخل في السفر بإحدى نسائه، والبداءة بالمبيت عند إحداهن، فكذلك لها هنا، ولأن القرعة قد دخلت في استدامة النكاح، كما إذ طلّق واحدة من نسائه لا

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (٣٥) وفيه: (فلا يسقى ماءه ولا غير)؛ وأخرجه البخاري أبو داود في النكاح (٤٤)؛ والإمام أحمد في ٤/ ١٠٨، ١٠٩.

(٢) وبالجملة: إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيف وقوعها، أو يعلم أحدهما قبل الآخر لا بعينه، أو يعلم بعينه ثم يشك، فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم الناكحين جميعًا، وهذا هو نص أحمد في رواية الجماعة، ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما: (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٤٠٦).

بعينها، أو بعينها ثم أنسيها على المشهور، فكذلك في ابتدائه.

وقال ابن أبي موسى: يبطل النكاحان، وظاهر الحكم ببطلانهما من غير احتياج إلى فسخ ولا إلى القرعة.

وكلام الخرقي يشمل ما إذا علم عين السابق ثم جهل، أو علم السبق ولم يعلم السابق ولا إشكال في جريان الروايتين في هاتين الصورتين. وقد يشمل أيضًا ما إذا جهل كيف وقعا.

وقد اختلف الأصحاب في هذه الصورة فعند أبي الخطاب والشيخين والقاضي في الجامع – فيما أظن – أنها على الروايتين أيضًا – وليس عند القاضي في التعليق الكبير إلا البطلان. وكذلك ابن حمدان في رعايته إلا أنه في الكبرى حكى قولاً بالبطلان ظاهرًا باطنًا.

وقد خرج من كلام الخرقي ما إذا وقعا معًا. وللأصحاب فيه أيضًا طريقتان: أحدهما: وهي طريقة الأكثرين، أبي الخطاب في الهداية، وابن البنا، والشيخين، وابن حمدان، وغيرهم: الجزم بالبطلان من غير فسخ ولا قرعة، إذا القرعة إنما تدخل لتمييز الصحيح، ولا صحيح.

والثانية: وهي طريق القاضي في الروايتين، جريان الروايتين فيه معللاً بأنه إذا جازت القرعة مع العلم بفساد المتأخر، فأولى أن تجوز إذا لم يحكم الفساد أحدهما، ومستشهدًا بأن القرعة تدخل بين العبيد الذين أعتقهم في مرضه وإن كانوا دفعة، وله في تعليقه احتمالان كالطريقتين.

تنبيهات: إحداها: على الرواية الأولى: الفاسخ هو الحاكم،قاله القاضي في تعليق وفي جامعه الصغير، وأبو الخطاب والشيخان، لأنه فسخ مختلف فيه، والمختلفات ترجع. إلى الحكام. وقال ابن عقيل والسامري وابن

حمدان في رعايتيه: للزوجين الفسخ ولعلهم يريدون. بإذنه. وعن أبي بكر: يطلّقانها.

الثاني على الرواية الثانية: إذا أقرع فمن خرجت قرعته فهي زوجته بالنكاح الأول من غير تجديد عقد. على ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور: يقرع بينهما فمن وقعت عليها القرعة فهي له.

وهو ظاهر كلام الجمهور: ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه، وصرح به القاضي في الروايتين، وابن عقيل: معللاً بأن القرعة جعلت في الشرع حكمًا للتمييز.

وقال أبو بكر بن سليمان النجاد: من خرجت القرعة له جدّد نكاحه. وكذا قال الشيخان.

وقال أبو محمد: وينبغي أن لا تجبر المرأة على نكاح من خرجت له القرعة، بل لها أن تتزوج من شاءت منهما ومن غيرهما. وضعّف هذا أبو العباس لا تفاق الروايتين أيضًا. وقد أشار إلى هذا ابن عقيل فقال بعد ذكر قول النجاد قال: وهذا استظهار حسن، غير أن اعتباره تعطيل للقرعة عن جهة الإباحة. قال أبو العباس: وإنما هذا على القول، يجب أن اعتباره تعطيل للقرعة عن جهة الإباحة. قال أبو العباس: وإنما هذا على القول، يجب أن يقال هي زوجة القارع، تجب عليه نفقتها وسكناها ونحو ذلك، فلا توطأ حتى يجدد، فالتجديد لحل الوطء قال: أو يقال لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد، ويكون التجديد عليه وعليها[1]. انتهى.

---

(١) قال الشيخ تقي الدين – رحمه الله -: وليس هذا بالجيد. فأنا – على هذا القول – إذا أمرنا المقروع بالفرقة – وقلنا: لها أن لا تزوج القارع – خلت منهما فلا يبقى بين الروايتين فرق، ولا يبقى للقرعة أثر اصلاً، بل تكون لغوًا، وهذا تخطيط. وإنما – على هذا القول – يجب أن يقال: هي زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها، ولو مات ورثته. لكن لا يطأها حتى يجدد العقد، فيكون تجديد العقد لحل الوطء فقط. هذا قياس المذهب. أو يقال: إنه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد. ويكون التجديد واجبًا عليه وعليها، كما كان الطلاق واجبًا على الآخر. وليس في كلام الإمام أحمد =

الثالث: على هذه الرواية أيضًا لا يؤمر من لم تخرج له القرعة بطلاق، ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل معتمدين على أنه ظاهر كلام أحمد، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى.

وقال النجاد والقاضي في الروايتين وفي الجامع، وأبو الخطاب في الهداية والشيخان: يؤمر بالطلاق بجواز أن تكون زوجته، كما يفسخ الحاكم النكاح الفاسد المختلف فيه. وحكى المسألة أن البناء على روايتين.

وقد تبيّن أن من قال: لا تجديد منهم. قال بالطلاق. فإذن في الفرعين ثلاثة أقوال ثالثها يؤمر المقرع ولا يجدد القارع. ولعله المذهب، والله أعلم.

(قال): وإذا تزوّج العبد بغير إذن سيّده فنكاحه باطل.

(ش): هذا هو المذهب بلا ريب. لما روى جابر بن عبد الله – رضي الله عنهما – قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوّج بغير إذن مواليه فهو عاهر»(1) رواه أبو داود والترمذي، وحسنّه. والعاهر: الزاني، ولأن في ذلك حكى ابن المنذر هذا إجماعًا. وعن أحمد رواية بالوقف على الإجازة، وتحكى عن الحنفية، والله أعلم.

(قال): وإن كان دخل بها فعلى سيّده خمسا المهر، كما قال عثمان بن عفان – ﷺ –، إلا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيّده أكثر من قيمته أو يسلمه.

(ش): إذا تزوّج العبد بغير إذن سيّده ودخل بها وجب عليه شيء في الجملة، كما اقتضاه كلام الخرقي. ونص عليه أحمد والأصحاب لقول النبي ﷺ:

= – رحمه الله – تعرّض للطلاق ولا لتجديد الآخر النكاح. فإن القرعة جعلها الشارع حجّة وبيّنة تفيد الحل ظاهرًا، كالشهادة والنكول ونحوها. انتهى (الإنصاف:8/ 90، 91).

(1) أخرجه أبو داود في النكاح (16)؛ والترمذي في النكاح (21)؛ وابن ماجه في النكاح (43)؛ والدارمي في النكاح (40)؛ والإمام أحمد في 3/ 301، 377، 382.

«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها» والعبد والحال هذه قد استحلّ فرجها فيكون لها المهر.

وقد روى عنه حنبل: إذا تزوّج بغير إذن سيّده فلا مهر.

قال أبو محمد: فيحتمل أنه تحمل على إطلاقها، ويحتمل أن تحمل على ما قبل الدخول، ويحتمل أن تحمل على أن المهر لا يجب في الحال بل يجب في ذمّة العبد أبتع به إذا عتق. وحملها أبو البركات على ما إذا كانا عالمين بالتحريم وتبعه ابن حمدان وزاد.

قلت: أو علمت المرأة وحدها، وهذا حكاه أبو محمد عن القاضي، فعلى المذهب الواجب خمسا المسمىّ[1] اتّباعًا لقضاء عثمان - ﷺ -، وهو ما روى أحمد قال: حدثنا عبد الله بن أبي بكر، عن سعيد، عن قتادة، عن خلاس: «أن رجلاً لأبي موسى تزوّج مولاة- أحسبه قال: تيجان التميمي - بغير إذن أبي موسى، وكتب في ذلك إلى عثمان بن عفان، فكتب إليه: أن فرّق بينهما، وخذ لها الخمسين من صداقها، وكان صداقها خمسة أبعرة - قال قتادة: فذكرت ذلك لبلا. فقال: نعم، ذاك غلامنا تزوّج أم رواح» وهذا قضية في مظنّة الشهرة، ولم ينقل إنكارها، وتكون حجة، ولأنها تخالف القياس فالظاهر أنها بتوقيف من النبي ﷺ.

ولا يقال يجوز أن يكون خمسا المسمى[1] قدر مهر المثل، لأننا نقول: هذا بعيد من الظاهر، لأن مهر المثل يحتاج إلى نظر وتأمّل.

ثم أنه لا يترك في الحديث ما الحكم منوط به، وهذا إحدى الروايات وأشهرها، واختيار القاضي والشريف وأبي الخطاب والشيرازي وغيرهم.

---

(١) في نسخة «ج»: «المهر».

والثانية: الواجب مهر المثل، اختارها أبو بكر قياسًا على سائر الأنكحة الفاسدة.

والثالثة: الواجب المسمى بناء أيضًا – والله أعلم- على أن الواجب في الأنكحة الفاسدة ذلك. ويشهد له حديث المنكوحة بغير [إذن] وليّ، ولعلّ أصل هاتين الروايتين الروايتان[1] ثمّ وقد استشهد القاضي على وجوب المثل هنا بقول أحمد في رواية المروزي: إذا تزوّج بغير إذن سيده يعطى شيئًا. قيل له: تذهب إلى قول عثمان بن عفان: قال: أذهب إلى أن يعطى شيئًا، وفي هذا نظر، لأن هذا إنما يدلّ على أنه يعطى شيئًا، إما ما اصطلحا عليه أو ما يراه الحاكم. انتهى. والرواية الرابعة: يجب الخمسان إن علمت عبوديته، وإلا فالمهر كاملاً. حكاها أبو محمد. انتهى.

وقول الخرقي: إن كان دخل بها، أراد بالدخول- والله أعلم- الوطء، وكذا صرّح به غيره. فعلى هذا لا يجب قبل الخلوة، وهو واضح، ولا بعدها وقبل الوطء لعدم الجناية. وقد يقال بالوجوب كما في سائر الأنكحة الفاسدة.

وقوله: «خمسا المهر»اللام للعهد، أي المهر المسمى. وهذا كم في الحديث لها المرأة بها استحلّ من فرجها، وهو مقتضى قصة المسمّى. وهذا كما في الحديث لها المهر بما استحلّ من فرجها، وهو مقتضى قصة عثمان – ﷺ–، ولأبي محمد احتمال في المغني: أن الواجب خمسا مهر المثل ولا تعويل عليه، ولو عدم المسمّى. فقال القاضي في تعليقه: ظاهر كلام أحمد في رواية المروزي أنها لا تستحق جمعيه.

وقوله: إلا أن يجاوز الخمسان قيمته، فلا يلزم السيّد أكثر من ذلك وذلك

---

(١) اسم كتاب لأبي يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد أبو خازم، القاضي الكبير شيخ المذهب «ابن الفراء» إمام الحنابلة المتوفى سنة ٤٥٨ هـ والكتاب لا زال مخصوصًا.

لأن الواجب عليه ما يقابل تلك الرقبة، بدليل ما لو سلم العبد لم يلزمه شيء، وفي هذا إشعار بأن الحق يتعلّق برقبته، وهو واضح لأنها جنايته فتعلّقت برقبته كبقيّة جناياته، وقوله: «أو يسلمه» الظاهر أنه معطوف على قوله فعلى سيّده خمسا المهر، أي أو يسلمه وهذا أصل يأتي إن شاء الله تعالى في الجنايات، والله أعلم.

(قال): وإذا تزوّج الأمة على أنها حرّة فأصابها وولدت منه. فالولد حرّ، وعليه أن يفديهم، والمهر المسمّى.

(ش): لا يبطل النكاح بالغروى في الجملة، لأن المعقود عليه في النكاح للشخص والصفات تابعه له. فإذا وجدت بخلاف الشرط لم يبطل العقد، كمن باع عبدًا على أنه صحيح فبان معيبًا. إذا تقرر هذان فإذا تزوّج أمة وشرط أنها حرّة وأصابها وولدت منه فولده حرّ لاعتقاده حرّيته. كما لو اشترى أمة فبانت مغصوبة بعد أن أولدها. وعليه فداؤهم على المذهب المعروف المنصوص في رواية الجماعة، اتّباعًا لقضاء الصحابة – رضي الله عنهم –. عمر، وعليّ، وابن عباس، ولأنه نماء مملوكة فسبيله أن يكون ملكًا لمالكها، وقد فوّته الزوج باعتقاده الحرّية فوجب عليه الضمان كما لو فوته لفعله.

ونقل عنه ابن منصور: لا فداء عليه لانعقاد الولد حرًا، والحرّ لا يملك، ووهي الخلاّل هذه الرواية. وقال: أحسبه قولاً أول لأبي عبد الله رجع عنه، لأنهم اتفقوا عنه على الفداء[1]. انتهى.

ونقل عنه حنبل: يخيّر بين الفداء، فيكون ولده حرًا وبين الترك فيكون ولده رقيقًا، وهو ظاهر ما نقل عن عليّ كرم الله وجهه.

(١) وذلك كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكًا لبائعها. فبانت مغصوبة، بعد أن أولدها (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٤١٣.

وشرط الضمان أن يوضع حيًا لوقت يعيش لمثله، وصفه الفداء ووقته قد تقدّما في الغصب.

ويجب عليه أيضًا المهر المسمّى بما استحلّ من فرجها، ولا إشكال في ذلك إن كان بعد الإصابة، وهو ممن يجوز له نكاح الإماء لصحة النكاح،ووجود الإصابة فيه، وإن لم يكن ممّن لا يجوز له نكاح الإماء. فهو نكاح فاسد من أصله فإذن هل الواجب فيه مهر المثل والمسمّى فيه روايتان، ولي تبيّن له الحال قبل الإصابة، وهو ممن يجوز له نكاح الإماء واختار الإمضاء، تقرر المسمّى عليه.

ولنا قول آخر أنه ينسب قدر مهر المثل لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملاً فيكون له بقدر نسبته من المسمّى، يرجع بذلك على من غرّه. فيقال: كم مهر مثلها إذا كانت أمة؟ فيقال مثلاً: خمسون وحرّة. فيقال: ستّون نسبة ما بينهما السدس، فيرجع بسدس المسمّى وإن اختار الفسخ فلا شيء عليه، لأن الفسخ لعذر من جهتها، وإن لم يكن ممّن يجوز له نكاح الإماء فقبل الخلوة لا مهر لفساد العقد. وكذلك بعد الخلوة على رأي أبي محمد. وعلى المشهور يجب. هذا قياس المذهب. والله أعلم.

(قال): ويرجع بذلك على من غرّة.

(ش): أي بما غرمه من فداء الأولاد ومن المهر، أما فداء الأولاد فلا نزاع فيه لقضاء الصحابة: عمر، وعليّ، وابن عباس- رضي الله عنهم -. واختيار القاضي وأبو محمد وغيرهما.

والرواية الثانية: لا يرجع بالمهر، اختارها أبو بكر، لأنه دخل على ذلك، لا سيما وقد استوفى المنفعة المقابلة له، مع أن ذلك يروى عن عليّ - ﷺ-، وحيث قلنا: يرجع، فإنما يرجع بذلك إذا لم يختر إمضاء النكاح حيث يكون له الإمضاء، أما إن اختار البقاء على النكاح، حيث جاز له ذلك فلا رجوع إلا

بنسبة ما بين المهرين على قويل تقدم.

وقول الخرقي: «ويرجع بذلك على من غرّه» إنما حكم بذلك في صورة الشرط، وهو ما إذا تزوجها على أنها حرّة. فقد يقال مفهومه أنه لا يرجع بذلك إذا ظنّها حرّة. وصرّح بذلك أبو البركات، وتابعه ابن حمدان في رعايتيه، وقبلهما القاضي، بل قيل عن القاضي إنه لا يرجع إلا مع شرط مقارن للعقد لا مع تقدّمه لأنه مفرط، حيث اعتمد على مجرّد ظنّة.

وظاهر كلام أحمد في رواية حرب يقتضي الرجوع مع الظن، قال فيمن تزوج بامرأة وظنّ أنها حرّة فأصاب منها أولادًا فإذا هي أمة، قال: يفرق بينهما، وأولاده أحرار ولكن يفديهم، وإن كان غرّه إنسان فعلى الذي غرّه أن يفدي ولده. وهذا اختيار أبي محمد وأبي العباس، إذا الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يستفصلوا، ويحقق ذلك أن الأصحاب لم يشترطوا ذلك في الرجوع في العيب.

تنبيه: الغارّ، من علم أنها أمة ولم يتبين على ظاهر كلام أحمد في رواية أبي الحكم، فكاك ولده على الذي غرّه إذا كان علم الذي غرّه، فإذًا إذا لم يعلم الوكيل أو الدلاّل بينهما لا شيء عليه، وذكر أبو محمد فيما إذا علم بعض أولياء الحرّة الغارة فاحتمالين، اختصاص العزم بمن علم.

والثاني: يعمّ الجميع، لأن حقّ الآدمي يستوي فيه العمد والسهو وضعفّه أبو العباس بأن هذا مع المباشرة، أما مع التسبّب فلا بد من تحريم السبب انتهى.

ثم لا يخلو الغارّ من أن يكون السيّد أو المرأة أو وكيلها أو أجنبي، فإن كان السيد والغرور بلفظ الحرية عتقت وزالت المسألة، وبغيرها لا تثبت حرية، ولا

يجب له شيء، إذ لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه. نعم إن قلنا إن الزوج لا يرجع بالمهر وجب للسيد لانتفاء المحذور، ولا يتصوّر الغرور من السيّد على قول القاضي، لأن شرط الرجوع عنده اشتراط للحرية مقارنًا كما تقدم.

وإن كان الغارّ المرأة ففي الرجوع عليها وجهان، أحدهما وهو ظاهر كلام الخرقي وجماعة.

وقال القاضي: يرجع عليها لمكان الغرور. ثم هل يتعلق برقبتها أو بذمّتها على وجهين، استدانة العبد بغير إذن سيّده، قال القاضي: وقياس قول الخرقي الثاني كمخالعتها بدون إذنه، والوجه الثاني وهو ظاهر كلام أحمد في رواية جماعة لا يرجع عليها، إذ الولد أو المهر ملك للسيد، وهي لا تملك بدل ذلك، أشبه ما لو أذنت في قطع طرفها.

وإن كان الغارّ وكيل المرأة رجع عليه بلا تردّد.

وإن كان الغارّ أجنبيًا رجع على ظاهر كلام أحمد، بل صريح في روايتي عبد الله وصالح. وظاهر كلام القاضي عدم الرجوع. قال: الغارّ وكيلها أو هي نفسها، والله أعلم.

(قال): ويفرّق بينهما إن لم يكن ممّن يجوز له أن ينكح الإماء، وإن كان ممّن يجوز له فرض بالمقام، فما ولدت بعد الرضا فهو رقيق.

(ش): أما التفريق بينهما إن لم يكن الزوج ممّن يجوز له نكاح الإمام فلأنّا تبينا فساد العقد أشبه المنكوحة في العدة أو بلا وليّ.

أما ثبوت اخيار كما اقتضاه كلام الخرقي لمن يجوز له نكاح الإماء وهو الحرّ بوجود الشرطين فيه، والعبد بشرط أن لا تكون تحته حرّة كما سيأتي إن شاء الله، فلأنه غرّ بحريتها، فثبت له الخيار، كما لو غرّت بحريته، ولما فيه من ضرر

رقّ الولد، والضرر منفيّ شرعًا.

فعلى هذا إن اختار فسخ النكاح انفسخ ولا كلام، وإن اختار المقام على النكاح فما ولدت بعد رضاه فهو رقيق لانتفاء الغرر إذن.

وقد علم من هذا أن الولد يتبع أمه في الرقّ والحرية، ونص عليه أحمد محتجًا بقول عمر: «ايما عبد تزوج حرّة فقد أعتق نصفه». وقول الخرقي: «فما ولدت» ظاهره وإن كانت قد علقت به قبل الرضى، وقد وقع له نحو هذه العبارة في الردّة، وأقرّه أبو محمد، ثم على ظاهره معلّلاً بأن أكثر الأحكام إنما تتعلّق بالوضع، أما هنا فجعل الحكم منوطًا بالعلوق. وهو التحقيق، وكذا صرح به أبو البركات.

وأعلم أن الخرقي إنما ساق ثبوت الخيار مع الشرط، فقد يقال ظاهره أنه لا يثبت مع عدمه، وهو أحد الوجهين لتفريطه حيث لم يحترز بالشرط. وبالغ القاضي في بعض كتبه فشرط كون الشرط مقارنًا للعقد، وهو في تعليقه كالخرقي والصحيح الثبوت بالشرط وبالظن، ثم عن أبا محمد وغيره أطلقوا الظن، وقيّده ابن حمدان تبعًا لأبي البركات، بما إذا ظنّها حرّة الأصل. وعموم كلام الخرقي يقتضي ثبوت الخيار للعبد كالحرّ وهو الصحيح، وقيل لا خيار للعبد لتساويهما، والله أعلم.

(قال): وإن كان المغرور عبدًا فولده أحرار ويفديهم إذا عتق، ويرجع به أيضًا على من غرّه.

(ش): إذا كان المغرور عبدًا فولده أيضًا أحرار، كالحر إذا المقتضى لحرية الولد(*) اعتقاد الواطئ الحرية. وهو موجود هنا ويفديهم كالحرّ على ما تقدّم،

(*) من هنا بدأ سقط في نسخة «ج» مقداره لوحة من المخطوط تقريبًا.

لكن الحرّ يجب الفداء عليه في الحال كبقيّة الحقوق الملازمة له. أما العبد فلا مال له في الحال فيتأخر الفداء إلى وقت ملكه ويساره وهو العتق. كذا قال الخرقي وغيره. ثم إن للقاضي في الجامع بناه على استدانته بغير إذن سيّده، هل يثبت في ذمّته أو في رقبته على وجهين[1]. وبناه أبو محمد على خلع الأمة بغير إذن سيّدها وهو أوجه. إذا الخرقي يقول في الاستدانة تتعلق برقبته فلا يجيء بناؤه عليها.

أما في الخلع فنقول يتعلق بذمتّها فيتّحد البناء.

ثم إن أبا محمد خرجّ وجهًا آخر أنه يتعلق برقبته كجنايته. انتهى.

ويرجع بالفداء على من غرّة كما تقدم في الحر. لكن الحرّ يرجع في الحال. أما العبد فلا يرجع إلا حين الغرم، حذارًا من أن يجب له ما لم يفت عليه، نعم يتعلق الفداء برقبته رجع به السيد في الحال. والله أعلم.

(قال): وإذا قال قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين، فقد ثبت العتق والنكاح.

(ش): هذا المنصوص عن أحمد، والمشهور عنه، رواه عن اثنا عشر رجلاً من أصحابه، منهم ولداه صالح وعبد الله، وهو المختار لجمهور الأصحاب: الخرقي، وأبي بكر، والشريف، وأبي جعفر، والقاضي في موضع. وقال في التعليق إنه المشهور من قول الأصحاب. وقال أبو محمد إنه ظاهر المذهب.

وذلك لما روى أنس - ﷺ -: «أن النبي ﷺ أعتق صفيّة وتزوجها. فقال له ثابت: ما أصدقها؟ قال: نفسها، أعتقها وتزوجها» متفق عليه. وفي لفظ

---

(١) والوجهان هما: الأول: يتعلق برقبته بمنزلة جنايته، الثاني: بذمتّه، يتبع به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من الأمة إذا بذلته بغير إذن سيّدها. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٤٢١).

للبخاري: «أعتق صفيّة وتزوجها وجعل عتقها صداقها»(١) ولم ينقل أنه ﷺ استأنف عقدًا، ولأنه جعل عتقها وصداقها، ومتى ثبت العتق صداقها ثبت النكاح، إذا الصداق لا يتقدم عليه.

ويؤيد هذا أن هذا روى عن أنس، حكاه عنه أحمد محتجاً به، وهو راوي الحديث، وهو يقوي إرادة الظاهر منه. ويروى أيضًا عن عليّ، ولأن منفعة البضع إحدى المنفعتين، فجاز أن يكون العتق عوضًا عنها، دليله منفعة الخدمة، وهو إذا قال: أعتقتك على خدمة سنة، لا يقال هذا من خصائص النبي ﷺ، إذا من خصائصه النكاح بلا مهر، لأنّا نقول الفرض أنه ﷺ عقد بمهر وإذن، فحكم أمته حكمه في صفيّة.

ونقل المروزي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً، فأخذ القاضي وأتباعه من هذا رواية أن النكاح لا يصحّ بهذا اللفظ. واختاره القاضي في خلافه، وفي روايتيه، وأبو الخطاب في كتبه الثلاثة. وابن عقيل. وزعم أنها الأشبه بالمذهب، إذا بالعتق تملك نفسها. فيعتبر رضاها، كما لو فصل بينهما ولأنه لم يوجد إيجاب ولا قبول، وهما ركناه فلا يصح إلا بهما. ولأن العتق ليس بمال ولا يجبر به مال. فأشبه رقبة الحرّ.

وتورّع ابن أبي موسى من حكاية رواية بعدم الصحة. وجعل الخلاف في توليّ طرفي العقد، كما هو مقتضي نص أحمد. فقال: ومن أعتق أمته وجعل عتقها صداقها ثبت العتق والنكاح جميعًا. واختلف قوله: هل يكون المولى هو العاقد لنفسه؟ أم يحتاج إلى توكيل من يعقد له النكاح عليا بأمره؟ عل الروايتين

---

(١) أخرجه البخاري في الخوف(٦) ٢/ ٣٥٠؛ وفي النكاح (٦٨)؛ وأخرجه مثله مسلم في النكاح(٨٤ـ ٨٥)ح وأبو داود في الإمارة (١/ ٢)؛ والدارمي في النكاح: ٢/ ١٥٤؛ وفي السنن الكبري للبيهقي: ٧/ ٥٨.

فجعل الرواية أنه يستأنف العقد عليها بإذنه بدون رضاها، إذ العتق وقع على هذا الشرط. انتهى.

وأجيب عن ملكها نفسها بأن الكلام المتصل لا يثبت له حكم الانفصال قبل تمامه فلم يستقر ملكها على نفسها إلا بعد النكاح، والسيد كان يملك إجبارها على النكاح في حقّ الأجنبي فكذلك في حقّ نفسه، وعن فقد الإيجاب والقبول: بأن العتق لما خرج مخرج الصداق صار الإيجاب كالمضمر فيه، فكأنه قال تزوجتك وجعلت عتقك صداقك. والقائل هو الموجب، فلا يحتاج إلى الجمع بين الإيجاب والقبول، وعن كون العتق ليس بمال بأنه يترتب عليه حصول مال، وهو تمليك العبد منافع نفسه وهو المقصود.

وسأله حرب: إذا جعل عتقها مهرها، كيف يقول: قال يقول قد تزوجتك وجعلت صداقك مهرك، فشرط ابن حامد ذلك ليأتي بركن العقد وحيث قيل بالصحة فيشترط أن يحضره شاهدان. نص عليه أحمد لعموم الأدلة في اشتراط الشهادة. والله أعلم.

(قال): وإذا قال أشهدا أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضًا ثابتين. سواء تقدم القول بالعتق أو تأخر إذا لم يكن بينهما فصل.

(ش): إذا قال لشاهدين: إشهدا أني قد أعتقت أمتي وجعلت عتقها صداقها، كان العتق والنكاح أيضًا ثابتين سواء تقدم القول بالعتق كما في هذا المثال، أو تأخر كما إذا قال: جعلت عتق أمتي صداقها وأعتقها، بشرط أن لا يكون بين العتق والجعل بما يعدّ فصلاً كسكوت يمكن الكلام فيه، أو كلام أجنبي، لا نه كلام الخرقي أنه لا يشترط قبول الأمة، ونص عليه أحمد والأصحاب.

تنبيهان: أحدهما: الظاهر أنه لا بد أن يقصد بالعتق جعله صداقًا قبل أن يتم لفظ أعتقتك كما في الاستثناء ونيّة العدد، بلى هذا هو العطف المغير. وقد قال صالح لأبيه: الرجل يعتق الأمة فيقول: أجعل عتقك صداقك. أو صداقك عتقك. قال: كل ذلك جائز إذا كانت له نيّة، فنيّته.

الثاني: أورد على القاضي، إذا قال جعلت عتق أمتي صداق ابنتك لا يصحّ النكاح. فكذا في نفسه. فأجاب: لا يصحّ لتقدُّم القبول على الإيجاب. فلو قال الأب ابتداء: زوّجتك ابنتي على عتق أمتك. فقال: قبلت. لم يمتنع أن يصحّ.

وقال أبو العباس فيما إذا قال: زوّجت أمتي من فلان وجعلت عتقها صداقها قياس المذهب صحّته لأنهم قالوا: الوقت الذي جعل العتق صداقًا كأنه يملك إجبارها في حقّ الأجنبي، والله أعلم.

(قال): فإن طلّقها قبل أن يدخل بها رجع عليها بنصف قيمتها.

(ش): إذا طلق الأمة المجعول عتقها صداقها قبل أن يدخل بها رجع عليها بنصف قيمتها. نص عليه أحمد في رواية الجماعة إذا التسمية صحيحة، وذلك يوجب الرجوع في نصفها كغيرها، ولمّا لم يكن سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله، رجع في بدله وهو القيمة. وعلى هذا لو ارتدت أو فعلت ما يفسخ نكاحها قبل الدخول رجع عليها بجميع قيمتها.

وعلى الرواية الأخرى المختارة للقاضي وبعض أصحابه، يستأنف النكاح بإذنها.

وعلى قول ابن أبي موسى لا يعتبر إذنها. وعلى كل حال مهرها العتق. فعلى قول القاضي إن امتنعت لزمها قمة نفسها، لأنه إنما بذل نفسها في مقابلة بضعها ولم تسلم له فيرجع في قيمتها.

قال أبو العباس: وقال المذهب أنه لا يلزمها شيء إذا لم يلزم النكاح ولم ترض بالشرط، كما لو أعتقها على ألف فلم تقبل، بل أولى. إذ على ألف أبلغ في الشرط من أعتقتك وجعلت عتقك صداقك.

تنبيه: تعتبر القيمة وقت التلف وهو العتق، ثم إن كانت قادرة فلا كلام، وإن كانت معسره فهل ينظر إلى ميسرة، أو تلزم بالاستسعاء، فيه روايتان منصوصتان، قال القاضي: أصلها المفلس إذا كان له حرفة هل يجب على الاكتساب على روايتين، والله أعلم.

(قال): وإذا قال الخاطب للولي: أزوّجت(*) ؟ فقال: نعم [وقال للمتزوج](1) أقبلت؟ فقال: نعم فقد انعقد النكاح إذا كان بحضرة شاهدين.

(ش): هذا منصوص أحمد، وبه قطع الجمهور، لأن نعم جواب صريح، والسؤال مضمر معاد فيه، أي نعم قبلت هذا النكاح، ونعم زوّجتها. وهذا صريح لا احتمال في حققه، أنه لو قيل لرجل: لفلان عليك ألف درهم فقال: نعم، كان إقرارًا صحيحًا لا يرجع فيه إلى تفسير وتقطع اليد بمثل ذلك، مع أن الأصل براءة الذمة، ودرء الحد بالشبهة، ولا بد أن يحضر ذلك شاهدان لما تقدم.

وقيل: لا يصح النكاح بذلك في الصورتين. قال ابن عقيل: وهو الأشبه بالمذهب لعدم لفظ الإنكاح والتزويج(2)، والله أعلم.

(*) إلى هنا ينتهي السقط الذي في نسخة «ج».

(1) في نسخة «أ»: «له تتزوج».

(2) قال ابن خطيب السلامية في نكته على المحرر: قال الشيخ تقي الدين – رحمه الله – ومن خطه نقلت: الذي عليه أكثر العلماء: أن النكاح ينعقد بغير لفظ الإنكاح، والتزويج قال: وهو المنصوص عن الإمام – رحمه الله –، وقياس مذهبه. وعليه قدماء أصحابه. فإن الإمام أحمد اللفظ إنكاح ولا تزويج، ولم ينقل عن الإمام أحمد – رحمه الله – فيما علمت – أنه خصّه بهذين اللفظين. وأول من قال من =

(قال): وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات.

(ش): هذا كالإجماع، ويدل عليه ما روي عن قيس بن الحارث قال: «أسلمت وعندي ثمان نسوة، فأتيت النبي ﷺ فقال: اختر منهن أربعًا، وفارق سائرهن»[1] رواه أبو داود وابن ماجه. وإذا منع من الزيادة على أربع في الدوام ففي الابتداء أولى. وبهذا قيل إن الواو في قوله سبحانه وتعالى: ﴿مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[2]. بمعنى أو، لا عاطفة. وقد فهم من قول الخرقي أنه له أن يتسرّى بما شاءه، ولا نزاع في ذلك لقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[3].

(قال): وليس للعبد أن يجمع إلا إثنتين.

(ش): لما روى الدارقطني عن عمر -ﷺ- قال: «ينكح العبد امرأتين، ويطلق تطليقتين، وتعتد الأمة حيضتين». وقال أحمد: حدثنا عبد الرزاق، عن معمر، عن أيوب عن محمد بن سيرين: «أن عمر بن الخطاب [ﷺ] سأله الناس: كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن ابن عوف: يتزوج ثنتين وطلاقه ثنتان». وهذا في مظنّة الشهرة ولم ينكر، فكان إجماعًا، وقد روي عن الحكم بن عتيبة قال: «أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين» وهذا خصيص عموم الآية، أو يقال: الآية إنما تناولت الحر، لأن فيها: ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ والعبد لا يملك، ولو ملك فنفس ملكه لا يبيح التسرّي. ثم في أول الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى﴾ فالخطاب لمن يكون وليًا على يتم، والعبد لا يصلح لذلك.

= الأصحاب الإمام أحمد - رحمه الله - فيما علمت - أنه يختص بلفظ الإنكاح والتزويج: و ابن حامد، وتبعه على ذلك القاضي ومن جاء بعده لسبب انتشار كتبه، وكثرة أصحابه وأتباعه. وقال في الفائق: وقال شيخنا: قياس المذهب صحّته بما تعارفاه نكاحًا، من هبة وتمليك ونحوهما. (الإنصاف ٨/ ٤٥).

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٥).

(٢)، (٣) الآية ٣ من سورة النساء.

تنبيه: من عتق نصفه فأكثر يجمع بين ثلاث، نص عليه أحمد، لأن ذلك مما يقبل التجزّي، فتجزّى في حق كالحد.

وقيل: لا يملك إلا اثنتين لأنهما قد ثبتا له، وهو عبد فلا ينتقل عنهما إلا بدليل من نص أو إجماع ولم يوجد، والله أعلم.

(قال): وله أن يتسرّى بإذن سيّده.

(ش): هذا منصوص أحمد -رحمه الله- في رواية الجماعة، وقول قدماء أصحاب الخرقي وأبي بكر وابن أبي موسى، وبعض متأخريهم كأبي محمد من غير بناء على روايتي ملكه وعدمها بل الخرقي وغيره يقولون: لا يملك ويبيحون له التسرّي. وبناه القاضي وعامّة مَن بعده على الروايتين في ملكه إن قلنا يملك جاز له التسري، وإلا فلا يجوز. وأحمد -رحمه الله - في رواية أبي طالب قد استدل في المسألة وبيّنها بما هو كاف فيها.

قال أبو طالب: سمعت أبا عبد الله قيل له: أيتسرّى العبد؟ قال: نعم. قال ذلك ابن عمر، وابن عباس، وغير واحد من التابعين: عطاء، ومجاهد، وذكرهم وأهل المدينة على هذا.

وفي رواية قال: لم يزل أهل الحجاز على هذا.

قيل لأبي عبد الله: فمن احتج بهذه الآية: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[1] فأي ملك للعبد؟ قال: إذا ملكه ملك. يقول النبي ﷺ: «من اشترى عبدًا وله مال فقد جعل له ملكًا» هذا يقوّي التسرّي، أنه يطأ بملك.

وأهل المدينة يقولون: إذا أعتق وله مال فماله معه ولا يتعرض لماله. وإذا باع العبد فالمال للسيّد، فقد جعلوا له مالاً في العتق. وابن عمر، وابن عباس

---

(١) الآيتان ٥، ٦ من سورة المؤمنين.

أعلم بكتاب الله ممن احتج بهذه الآية، هم أصحاب النبي ﷺ، وأنزل على النبي ﷺ القرآن، وهم أعلم فيها نزل. فقالوا: يتسرّى العبد. ولكن فى القياس ليس يقوم حد الملك، لأنه ليس خالصًا له دون السيّد، فيقول بقولهم.

قال ابن سيرين: لا تزال على الطريق ما اتبعت الأثر.

فقد استدل أحمد -رحمه الله- بقول الصحابة وبعمل أهل الحجاز، وبيّن أن بقول الصحابة نعرف معنى القرآن، وبيّن أن ملكه ليس كملك الحر، وهذا الذي يفصل النزاع.

فالخرقي والقدماء يقولون: لا نثبت ملكًا مطلقًا، لكن ملكًا يبيح له التسرّي فقط لمصلحة راجحة، ولا بدع في ذلك، إذ الموقوف عليه يملك الانتفاع دون نقل الملك في الأصل. وكذلك سيّد أم الولد يملك الانتفاع بها دون البيع ونحوه. والشارع يثبت من الملك ما فيه مصلحة العباد، ويمنع ما فيه فسادهم، والعبد محتاج إلي النكاح، فالمصلحة تقتضي ثبوت ملك البضع له، وإلا فكون العبد يملك مطلقًا فيه إضرار بالسيّد، ومنع العبد مطلقًا فيه إضرار به، فالعدل ثبوت قدر الحاجة. وفي الحقيقة الملك المطلق لله سبحانه وحده.

ثم إذا ثبت للعبد ملك النكاح وهو أشرف فملك التسرّي أولى، وغاية ما يقال إن إثبات ملك يحل الوطء دون غيره لا نظير له. فنقول: قد ثبت ذلك عن ابن عمر وابن عباس، ولا يعرف لهما مخالف. وإذن لا يحتاج إلى النظير ثم العبد لا نظير له في نفسه، إذ ليس هو مثل الحر ولا مثل البهيمة. فكذلك في أحكامه. انتهى.

وإذا جاز له التسرّي جاز له التسرّي بما شاء بإذن السيّد كالحر.

تنبيه: نقل الجماعة عنه إذا أذن له سيّده مرّة لم يكن له الرجوع، فظاهر هذا أنه جعل الإذن في التسرّي مقتضيًا لملك البضع كالنكاح، فكما أنه ليس له الرجوع في النكاح إذا أذن له فكذلك في التسرّي. وهو يؤيد طريقة الخرقي ومَن وافقه.

قال أبو محمد: ولم أجد عنه خلاف هذا. والقاضي لمّا استشعر أن هذا يخالف طريقته حمله على أنه أطلق التسرّي وأراد به النكاح. والله أعلم.

(قال): ومتى طلّق الحر أو العبد طلاقًا يملك فيه الرجعة أو لا يملك، لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها.

(ش): هذا يعتمد أصلاً، وهو أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في عقد النكاح، وهذا إجماع والحمد لله، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[1] الآية.

وإذا تقرر هذا، فكما أنه لا يجوز الجمع بينهما في عقد النكاح، لا يجوز الجمع بينهما في العدة. فإذا تزوج امرأة ثم طلقها لم يجز له أن يتزوج في عدتها من لا يجوز له الجمع بينهما في عقد النكاح كأختها وعمّتها ونحو ذلك، رجعية كانت أو بائناً.

أما الرجعية فبالاتفاق إذ هي زوجة، أما البائن فلان ذلك يروى عن عليّ وابن عباس - رضي الله عنهما -، وعن عبيدة السلماني قال: «ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الظهر، وأن لا تنكح امرأة في عدة أختها» ويروى عن النبي ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين» لأنها محبوسة عن النكاح لأجله أشبهت الرجعية، وقوله «وأن تجمعوا بين الأختين» أي في أحكام الوطء، لأنه أشمل فهو أكثر فائدة.

وحكم العدة من فسخ حكم العدة من طلاق، والله أعلم.

(قال): وكذلك إن طلّق واحدة من أربع لم يجز له أن يتزوج حتى تنقضي عدتها.

(ش): قد تقدم أنه لا يجوز أن يجمع في عقد النكاح بين أكثر من أربع، وكذلك لا يجوز أن يجمع بينهن في العدة، وإن كان الطلاق بائنًا لأنها محبوسة عن النكاح لأجله أشبهت الرجعية وعن أبي الزناد قال: «كان للوليد ابن عبد الملك

---

(١) الآية ٢٣ من سورة النساء.

أربع نسوه. فطلّق واحدة البتة، وتزوج قبل أن تحلّ. فعاب عليه ذلك كثير من الفقهاء. قال سعيد بن منصور: إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأي شيء بقي.

(قال): وكذلك العبد إذا طلّق إحدى زوجته.

(ش): أي ليس له أن يتزوج بأخرى حتى تنقضي عدة المطلّقة لما تقدم في الحر، وحكم البينونة من فسخ حكم الطلاق، نعم لو كانت البينونة بموت فقال ابن أبي موسى في الإرشاد: إذا ماتت واحدة من منتهى جمعه كان له أن يتزوج أخرى عقيب موتها، وكذلك له أن يتزوج الأخت عقيب موت أختها، وكذلك لو طلّقها طلاقًا لا رجعة فيه، أو بانت منه بينونة لا رجعة فيها. وقد شذ عن الجماعة في الطلاق البائن.

تنبيه: حكم الوطء بشبهة أو زنًا حكم الوطء في نكاح صحيح، فإذا وطئ امرأة بشبهة أو زنًا لم يجز في العدة أن يتزوج أختها، ولا يطأها إن كانت زوجته على المذهب المنصوص لئلا يجمع ماءه في رحم أختين. وكذلك لا يجوز وطء أربع سواها بالزوجية، وابتداء بالعقد على أربع قاله أبو بكر في الخلاف، والقاضي، وأبو الخطاب في الانتصار، وابن عقيل: حذارًا من جميع خمس نسوة في الفراش، أو فيما هو في حكمه وهو الزنا لثبوت حرمة المصاهرة.

وقيل يجوز لعدم النكاح، ويجوز في مدّة استبراء العتيقة نكاح أربع سواها. قاله القاضي في الجامع، والخلاّل، وابن المنى، ونصّه أبو الخطاب في خلافة الصغير، كما قبل العتق.

وقيل لا يجوز التزمه القاضي في التعليق في موضع قياسًا على المنع من تزوّج أختها. والله أعلم.

(قال): وإذا خطب امرأة فزوّج بغيرها لم ينعقد النكاح.

(ش): إذا خطب امرأة فزوّج بغيرها. فقبل يظنها المخطوبة لم ينعقد

النكاح، نص عليه أحمد، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه، فلم يتواردا على محل واحد. وإذن لا ينعقد النكاح لعدم ركن العقد، وهو الإيجاب والقبول[1]. والله أعلم.

(قال): وإذا تزوجها وشرط أن لا يخرج بها من دارها أو بلدها فلها شرطها، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أحقّ ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»[2].

(ش): هذا هو المذهب المنصوص وعليه الأصحاب لهذا الحديث وهو حديث عقبة بن عامر - ﷺ- قال: قال رسول الله ﷺ: «أحقّ الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» رواه الجماعة، ولعمومات الأمر بالوفاء بالعقود والعهود، ولأن الله تعالى ورسول حرّما مال الغير إلا عن تراضٍ منه، ولا ريب أن المراة لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط، وشأن الفرج أعظم من شأن المال، فإذا حرم المال إلا بالتراض، فالفرج أولى، ولهذا جعل ﷺ الشروط فيه أحق بالوفاء من غيره، ووجب رضا المرأة ووليها، فنهى النبي ﷺ الولي أن يزوج المرأة إلا برضاها، ونهى المرأة أن تزوج إلا بإذن وليها.

وروى الأثرم: «أن رجلاً تزوج امرأة وشرط دارها. ثم أراد نقلها، فخاصموه إلى عمر - ﷺ-. فقال: لها شرطها. فقال الرجل: إذًا تطلّقنا. فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط» نحوه. رواه الترمذي، وعن أحمد رواية

---

(١) أما عن المهر في حالة ما لو خطب امرأة فتزوج أخرى. فقد قال الإمام أحمد في رجل تزوج امرأة فادخلت عليه أختها. بأن لها المهر بما أصاب منها ولأختها المهر. قيل يلزمه مهران؟ قال: نعم، ويرجع على وليّها.
وهذا يجب أن يكون في امرأ جاهلة بالحال والتحريم، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وانها محرمة عليه وأمكنته من نفسها، فلا ينبغي أن يجب لها صداق لأنها زانية تطاوعه، أما إن جهلت الحال فلها المهر، ويرجع به على من غرّه، (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٤٤٥.

(٢) أخرجه البخاري في الشروط (٦)؛ وأبو داود في النكاح (٣٩)؛ والترمذي في النكاح (٣٢)؛ والدارمي في النكاح (٢١)؛ والإمام أحمد في ٤/ ١٤٤، ١٥٠، ١٥٢.

أخرى: لا يلزم هذا الشرط حكاها أبو الحسين عن شيخه أبي جعفر، ولعلها مأخوذة تضمن أن الأصل في العقود والشروط البطلان، إلا أن يدل دليل على اصحة على رواية مرجوحة. وذلك لقول النبي ﷺ في الحديث الصحيح: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»(١) وهذا ليس في كتاب الله.

وعن عمرو بن عوف- ﷺ- قال: «المسلمون على شرطهم إلا شرطًا حرّم حلالاً أو أحلّ حرامًا»(٢) مختصر رواه الترمذي وقال: حسن صحيح. وفيه كلام، وهذا يحرّم حلالاً.

وأجب عن الأول بأن معنى ليست في كتاب الله، أي في حكمه وشرعه وهذه مشروعة بدليل ما تقدم.

وعن الثاني أنها لا تحرّم الحلال، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ أن لم يفِ له به.

إذا تقرر هذا فمتى أخرجها من دارها بغير اختيارها فلها الفسخ. وغالى القاضي في الجامع فأثبت الفسخ بالغرم على الإخراج.

ومقتضى كلام الأصحاب أن الزوج لا يجبر على الوفاء بهذا الشرط، وكلام الخرقي ظاهر في إجباره. وكذلك كلام أحمد في رواية حرب قال: إذا شرط أن لا يخرجها من مصرها. والله أعلم.

(قال): وإن تزوجها وشرط لها أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إن تزوج عليها.

(ش): الكلام في هذا الشرط نقلاً ودليلاً كالكلام في الذي قبله، إلا أن ظاهر كلامه هنا أنه لا يجبر على ترك النكاح بل إذا تزوج عليها فلها الفسخ، وكذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور إذا تزوجها على أن لا يتزوج عليها

---

(١) أخرجه البخاري في المكاتب (١، ٣)؛ وفي الشروط (١٧)؛ وأخرجه النسائي في الطلاق (٣١).
(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٧).

ولا يتسرّى، فإن تزوج أو تسرّى هي مخيّرة وكأن الفرق أنه لا ضرر عليه في عدم إخراجها من دارها، أما ترك النكاح فقد يتضرر به لكونه لا يعفّه ونحو ذلك. وفي معنى هذا الشرط إذا شرط أن لا يتسرّى عليها.

تنبيه: لا ريب في عدم صحة هذين الشرطين ونحوهما بعد العقد، وصحة ذلك فيه، أما قبله فثلاثة أوجه:

أحدها: وهو ظاهر إطلاق الخرقي وابي الخطاب في الهداية، وأبي محمد وغيرهم، وقال أبو العباس في فتاويه إنه ظاهر المذهب ومنصوص، وقول قدماء أصحابه ومحققي المتأخرين: إنه كالشرط فيه.

والثاني: لا أثر لما قبل العقد مطلقًا. وهو قول القاضي في مواضع، ومتقضى قول أبي البركات وغيرهما.

والثالث: يفرّق بين شرط يجعل العقد غير مقصود كالتواطؤ على أن البيع تلجئة لا حقيقة له، فيؤثر وبين شرط لا يخرجه عن أن يكون مقصودًا كاشتراط الخيار، فهذا لا يؤثر. قال القاضي في تعليقه فى موضع. والله أعلم.

(قال): ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها.

(ش): المذهب المعروف المشهور جواز النظر للمخطوبة في الجملة لما روى جابر -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: «إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعو على نكاحها فليفعل. قال: فخطبت امرأة فكنت اتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها»[1] رواه أحمد وأبو داود. وفي حديث الموهوبة: «أن النبي ﷺ صَعّدَ منهَا النَّظَرَ وَصَوَّبُه»[2] وقال حرب: قلت لأحمد: الرجل

---

(١) أخرجه أبو داود في النكاح (١٨)؛ وابن ماجه في النكاح (٩).

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (١٤، ٣٥) ٩/ ١٠٧، ١٤٩. وفي فضائل القرآن (٢٢)؛ وأخرجه مسلم في النكاح (٧٦)؛ والنسائي في النكاح (٦٢)؛ والإمام أحمد في ٤/ ١٣٦، ١٩٧، ٢٠٢.

إذا أراد أن يتزوج امرأة هل ينظر إليها؟ قال: إذا خاف ريبة. وظاهر هذا يفيد الجواز لخوف الريبة، وقد يستدل لها بما روى أبو هريرة قال: «كنت عند رسول الله ﷺ، فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال له رسول الله ﷺ: أنظرت إليها؟ قال: لا، قال فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئًا»[1] رواه مسلم.

وللنسائي: «خطب رجل امرأة من الأنصار فقال له رسول الله ﷺ هل نظرت إليها؟» الحديث. انتهى.

وإذا جاز له النظر، فعنه وهو اختيار أبي محمد في العمدة: ينظر إلى ما يظهر غالبًا كالرقبة واليد والقدم. وقيل ظهر القدم لظاهر ما تقدم من الحديث، إذ من نظر إلى امرأة وهي غافلة نظر منها إلى ما يظهر عادة. وعلى هذا يحمل إطلاق الخرقي، وكذا أيضًا حمل عليها القاضي قول أبي بكر في الخلاف: ينظر إليها حاسرة. وقد يحمل كلامهما على إطلاقه، إذ الحاسرة هي التي تضع خمارها ودرعها، والحديث لا يأبي هذا بل لعله ظاهر.

نعم يستثنى من ذلك ما بين السرّة والركبة لأنه لا يظن من صحابيّة كشف ذلك وإن كانت خالية. وقد روى سعيد، عن سفيان، عن عمرو بن دينار، عن أبي جعفر قال: «خطب عمر بن الخطاب ابنة عليّ، فذكر منها صغرًا. فقالوا له: إنما ردك، فعاوده. فقال: نرسل بها إليك تنظر إليها، فرضيها، فكشف عن ساقيها. فقالت: أرسل، لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك».

وعنه رواية ثانية: لا ينظر إلا الوجه واليدين، بناء على أن اليدين ليسا من العورة وهي اختيار زاعمي ذلك. قال القاضي في تعليقه: المذهب المعمول عليه المنع من النظر إلى ما هو عورة ونحوه قال الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما،

(١) أخرجه مسلم في النكاح (٧٤، ٧٥)؛ وفي فضائل القرآن (٢٢)؛ وأخرجه مسلم في النكاح (٧٦)؛ والنسائي في النكاح (٦٢)؛ والإمام أحمد في ٤/ ١٣٦، ١٩٧، ٢٠٢.

وذلك لظاهر قوله تعالى: ﴿لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[1] قال ابن عباس: الوجه وباطن الكف. رواه عنه الأثرم.

وعنه ثالثة: يختص النظر بالوجه، صحّحها القاضي في المجرد وابن عقيل لأنه مجمع المحاسن، وشرط جواز النظر على كل حال عدم الخلوة بها قوله ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة، فإن الشيطان ثالثهما»[2] ويخرج عن الخلوة بحضور امرأة صبيّة فأكثر، أو رجل من ذوي أرحامها أو عصباتها ممن يباح له السفر بها.

وظاهر كلام الخرقي يشمل الأمة والحرّة، وكذلك ظاهر كلام الشيخين وغيرهما: وصرح به القاضي في المجرد، وجعل في الجامع، وابن عقيل، حكم النظر في خطبة الأمة حكم النظر في شرائها.

وظاهر كلام الخرقي أيضًا، أن النظر على سبيل الإباحة، وجعله ابن عقيل وابن الجوزي مستحبًا وهو ظاهر الحديث.

قال أبو العباس: وينبغي أن يكون النظر بعد العزم على نكاحها، وقبل الخطبة، والله أعلم.

(قال): وإذا زوّج أمته وشرطه عليه أن تكون عندهم بالنهار، ويبعث بها إليه بالليل، فالعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدّة مقامها عنده.

(ش): لا ريب أن سيّد الأمة يستحق منفعة الاستخدام والوطء، وقد أخرج منفعة الوطء ومحلّها عرفًا وعادة هو الليل فيختص به، وإذن فهذا شرط مؤكد لمقتضى العقد ومقولة فلا ريب في جوازه وجواز العقد معه، وعلى هذا يكون على الزوج نفقتها ليلاً، إذ النفقة تدور مع التسليم، وهي إنما تسلمت كذلك ولو بذلها السيد للزوج والحال أنهما شرطا ذلك لم يلزمه القبول على وجه اعتمادًا على شرطه، لأن له فيها رضًا صحيحًا، ويلزمه على آخر، إذا هذا مقتضى

---

(١) الآية ٣١ من سورة النور.

(٢) أخرجه الترمذي في الرضاع (١٦) وفي الفتن (٧)؛ والإمام في ١/ ١٨، ٢٦ وفي ٣/ ٣٣٩، ٤٤٦.

الزوجية، وإنما سقط عنه لمعارضة حق السيّد، والسيّد قد رضي بإسقاط. حقّه فيسقط وقد فهم من هذا الذي قلناه أنه مع عدم الشرط يكون الحكم كما قال الخرقي، وإن السيّد متى بذلها له لزمه جمع النفقة بلا نزاع.

تنبيه: جملة النفقة بينهما نصفين عند أبي محمد، وكذلك الكسوة قطعًا للتنازع.

وقيل: وهو الذي أورده أبو البركات مذهبًا يختص كل واحد بما يجب عليه، فيجب على الزوج نفقة الليل وتوابعه من الوطء والغطاء ودهن المصباح ونحوه. والله أعلم.

﴿باب ما يحرّم نكاحه﴾

(قال): باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه، وغير ذلك.

(ش): قد نص الله سبحانه على عدّة محرّمات في كتابه العزيز في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾[1] الآية. ونصّ نبيّه ﷺ على عدّة أيضًا، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

قال: والمحرمات نكاحهن بالأنساب: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت.

(ش) قد نص الله تعالى على ذلك. كذلك قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ﴾ ويدخل في الأمهات أمّه التي ولدته، وجدّاته من قبل أبيه وأمه وإن علون، لصحة تناول الاسم للجميع. وقد جاء في الدعاء: اللهم صلِّ على أبينا آدم وأمّنا حوّاء. ويدخل في البنات بنات الابن وبنات البنت وإن سفلن، لصحة تناول الاسم للجميع، وتدخل البنت من نكاح صحيح، أو ملك يمين، أو

---

(١) الآية ٢٣ من سورة النساء.

شبهة. وكذلك البنت من زنا لشمول الآية الكريمة للجميع. وقد قال ﷺ في امرأة هلال بن أمية: «انظروه – يعني ولدها – فإن جاءت به على صفه كذا، فهو لشريك من سمحاء – يعني الزاني – فجعله له» واستدل أحمد بأمر النبي ﷺ «سودة أن تحتجب من ابن أمة زمعة لشبه الذي رأي بعتبه».

تنبيه: يكفي في التحريم أن يعلم أنها بنته ظاهرًا وإن كان النسب لغيره، قاله القاضي في التعليق وظاهر كلام أحمد في استدلاله أن الشبه كافٍ في ذلك.

ويدخل في الأخوات الأخوات من الأبوين، أو من الأب، أو من الأم، لشمول الآية لذلك، ويدخل في العمات: كل أخت لأب وإن بعد من جهة أبيه أو من جهة أمه.

وفي الخالات: كل أخت لأم وإن بعدت من جهة أبيه أو من جهة أمة، لشمول الآية الكريمة لذلك، ولأن إذا ثبت أن كل جد أب ولك جدة أم فكل أخت لها عمة وخالة. ويدخل في بنات الأخ وبنات الأخت: كل بنت أخ وإن سفلت.

وقد استفيد من كلام الخرقي تخصيص هؤلاء بالذكر، فإنه لا يحرم عداهن، فلا تحرم بنات العمات ولا بنات الخالات وقد نص الخرقي على ذلك بعد، ولا بنات الأخوال ولا بنات الأعمام، ولا ريب في ذلك لقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ﴾ إلى: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ﴾[1] والأصل المساواة، لا سيما وقد دخلن في عموم: ﴿أُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ﴾[2] واختصار ما تقدم أن جميع أقارب النسب حرام إلا الأربعة المذكورة في آية الأحزاب، والله أعلم.

(قال): والمحرّمات بالأسباب: الأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة.

---

(١) الآية ٥٠ من سورة الأحزاب.

(٢) الآية ٢٤ من سورة النساء.

(ش): يعني في كتاب الله سبحانه، ولهذا عمّم بعد. قال الله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ ويدخل في الأمهات الأم التي أرضعت الطفل وأمهاتها وجدّاتها وإن علون كما في النسب، ويدخل في الأخوات. والله أعلم.

(قال): وأمهات النساء، وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الأبناء وزوجات الأب.

(ش): المحرّمات بالنسب على ما ذكر الخرقي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: المحرّمات بالرضاع وقد تقدم.

النوع الثاني: المحرّمات بالمصاهرة وهنّ أربع أمهات نسائه، وإن بعدن ولم يرثن وكنّ من رضاع لشمول الاسم لهن، وبنات نسائه وإن بعدن ولم يرثن وكنّ من رضاع وبنات أبنائهن وإن بعدوا كانوا من رضاع وهؤلاء هن الربائب حلائل الأبناء، أي زوجات الأبناء، سميّت الزوجة بذلك لأنها محل إزار زوجها وهي محلّله له وهو محلّل لها. وقيل لأنها تحلّ معه ويحلّ معها. ويدخل في ذلك الابن البعيد وغير الوارث ومن الرضاع، وزوجات الأب وإن بعد ولم يرث، وكان من رضاع. والأصل في ذلك كله قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ﴾(1) وقال تعالى: ﴿لاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾(2) وشرط تحريم الربيبة الدخول بأمّها، كما نص الله سبحانه عليه. فإن قيل: فقد قيّد سبحانه الربائب بكونهن في الحجر، وكذلك المبيّن لكتابه ﷺ

(1) الآية ٢٣ من سورة النساء.

(2) الآية ٢٢ من سورة النساء.

حيث قال: «لو لم تكن ربيبتي في حجري ما حلّت لي»[1] وقيد سبحانه حلائل الأبناء بكون الأبناء من الصلب.

قيل: أما التقييد بالحجر، فقد قيل بأنه خرج مخرج الغالب، إذا الغالب في الربيبة في الحجر، وما خرج مخرج الغالب لا مفهوم له اتفاقاً. وقد حكى ابن عقيل اشتراط الحجر نظرًا لما تقدم، وهو ظاهر. وأما تقييد الابن بالصلب ليخرج – والله أعلم – الابن المتبنّى. أما الإبن من الرضاع فإنه يدخل في قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النساب»[2].

تنبيهان: أحدهما: يترتب التحريم المتقدم بالعقد الصحيح المقيّد للحل بلا ريب. وبالعقد الفاسد على ظاهر كلام القاضي في المجرد فيما أظن. قال: العقد الفاسد يثبت جميع أحكام النكاح إلا الحل والإحلال والإحصان والإرث، وتنصف الصداق بالفرقة قبل المسيس. وظاهر كلامه في التعليق أن العقد الحرام وإن لم يتمحّض تحريمه يتعلق به التحريم كذلك إذا تمحض تحريمه. والوطء إذا لم يتمحض تحريمه يتعلق به التحريم كذلك إذا تمحض تحريمه وذكرا أيضًا في موضع آخر ما يدل على ذلك. هذا في أنكحه المسلمين أما أنحكه الكفّار فقد ذكر القاضي في تعليقه وغيره فيما إذا أسلم وتحته أم وبنت لم يدخل بواحدة منهما أنه يبطل نكاح الأم ونص أحمد على ذلك. وهذا تصريح ببطلان نكاح الأم مع أن هذا النكاح لا يقرّون عليه بعد الإسلام، والقاضي استنبط من هذا النص صحة النكاح. قال: وإلا لم ينشر حرمة المصاهرة. وجعل أبو العباس في بعض قواعده تحريم المصاهرة تابعًا للسبب وهو يلتفت إلى الأول.

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح (٢٠، ٢٥) وفي النفقات (١٦)؛ وأخرجه مسلم في الرضاع (١٥، ١٦)؛ وأبو داود في النكاح (٦)؛ وابن ماجه في النكاح (٢٤)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٣٠٩، ٤٢٣.

(٢) أخرجه البخاري في الشهادات (٧)؛ وفي النكاح (٢٠، ٢٧، ١١٧)؛ وأخرجه مسلم في الرضاع (١، ٢، ٩، ١٢)؛ وأبو داود في النكاح (٦)؛ وابن ماجه في النكاح (٣٤)؛ والدارمي في النكاح (٤٨)، والإمام مالك في الرضاع (١، ٢، ١٦) ومسند أحمد: ١/ ٢٧٥، ٤/ ٤، ٦/ ٤٤.

الثاني: المراد بالدخول هنا في كلام الخرقي يحتمل أنه الوطء فتخرج الخلوة ويحتمل أنه أعم من ذلك فتدخل الخلوة. وهو مقتضى كلامه بعد.

وعن أحمد فيما إذا طلّق بعد الخلوة وقبل الوطء، روايتان أنصّهما وهو الذي قطع به القاضي في الجامع الكبير في موضع، وفي الخصال وابن البنا والشيرازي ثبوت تحريم الربيبة. لأن الله سبحانه أطلق الدخول وهو شامل للخلوة. والعرف على ذلك. يقال: دخل على زوجته، إذا بنى بها وإن لم يكن وطئها.

والثانية وهي اختيار أبي محمد وابن عقيل والقاضي في المجرد وفي الجامع في موضع لا يثبت تحريمها، نظرًا إلى أن الدخول كناية عن الوطء.

وظاهر كلام الخرقي أن القبلة أو اللمس لا يثبتان تحريم الربيبة.

وقد يقال بالتحريم بناء على تقرر الصداق بذلك. وظاهر كلام أيضًا أنه لا يثبت باستدخال الماء ونص عليه القاضي في تعليقه في اللعان. وظاهر كلامه أيضًا أن الموت قبل الدخول لا يثبت التحريم، وهو إحدى الروايتين واختيار أبي محمد والقاضي في الروايتين لظاهر الآية الكريمة.

والثانية يثبت اختارها أبو بكر في المقنع إذا الموت أقيم مقام الدخول في تكميل الصداق والعدة، فكذلك في تحريم الربيبة. والله أعلم.

(قال): والجمع بين الأختين.

(ش): وهذا النوع الثالث ممّا حرم بالنسب إذا تزوج إحدى الأختين هو السبب لتحريم أختها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[1] ويدخل في ذلك الأختان من كل جهة ومن النسب والرضاع[2]. والله أعلم.

---

(١) الآية ٢٢ من سورة النساء.

(٢) ويتساوي في ذلك أن تكونا حرّتين أو أمتين، أو حرّه وأمه، من أبوين كانتا أو أب أو أم. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٤٧٥).

(قال): ويحرّم من الرضاع ما يحرّم من النسب.

(ش): لما ذكر المنصوص عليه في كتاب الله من المحرّمات، ذكر المأخوذ من جهة السنّة، فعن ابن عباس – رضي الله عنهما- : «أن النبي ﷺ أريد على بنت حمزة فقال: إنها لا تحلّ لي، إنها ابنة أخي من الرضاع، ويحرّم من الرضاع ما يحرّم من الرحم» وفي لفظ من النسب، وعن عائشة أن النبي ﷺ قال: «يحرّم من الرضاعة ما يحرّم من النسب» رواه أحمد والترمذي وصحّحه[1].

وقد استثنى بعض الأصحاب من هذا العموم صورتين: إحداهما أم أخته.

والثانية: أخت ابنه، فإنهما لا يحرّمان. والصواب عند الجمهور عدم استثنائهما لأن أم أخته إنما حرّمت في غير الرضاع لكونها زوجة أبيه وذلك تحريم مصاهرة لا تحريم نسب وكذلك أخت ابنه، إنما حرمت لكونها ربيبة.

تنبيه: لا فرق بين الرضاع المباح والمحظور على ظاهر كلام الخرقي وغيره كأن يكره امرأة على الرضاع أو يغضب لبنها فتسقيه الطفل، وقد ذكر ذلك القاضي في تعليقه بما يدل على أنه إجماع، والله أعلم.

(قال): ولبن الفحل محرّم.

(ش): لا نزاع بين أهل العلم في أن حرمة الرضاع تنتشر من جهة المرأة، واختلفوا هل تنتشر من جهة الرجل الذي اللبن له؟ فذهب الجمهور إلى أنه ينتشر منه كما ينتشر من المرأة، فيصير الطفل ولد الرجل، والرجل أباه، وأولاده الرجل إخوته، سواء كانوا من تلك المرأة، أو من غيرها، وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعمّاته، وآباؤه وأمهاته أجداده وجدّاته، لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة.

وفى الصحيحين عن عائشة – رضي الله عنها- قالت: إن أفلح أخا أبي

(١) أخرجه أحمد في مسنده: ١/ ٢٩٠، والترمذي في صحيحه، أبواب الرضاع: ٥/ ٨٧.

القعيس استأذن عليّ بعد ما أنزل الحجاب. فقلت: لا والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ، فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني وإنما أرضعتني امرأة أبي القعيس. فدخل عليّ رسول الله ﷺ، فقلت: يا رسول الله، إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته. فقال: أئذني له فإنه عمّك؟ تربت يمينك.

قال: عروة: فبذلك كانت عائشة تقول: حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب»[1] وهذا نص والله أعلم.

(قال): والجمع بين المرأة وعمّتها وبينها وبين خالتها.

(ش): هذا أيضًا مما ثبت بسنّة المبيّن لكتاب ربه ﷺ، فروى أبو هريرة - ﷺ-: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجمع بين المرأة وعمتّها ولا بين المرأة وخالتها»[2] وفي لفظ قال: «نهى النبي ﷺ أن تنكح المرأة على عمتّها أو خالتها» متفق عليهما. وللبخاري والترمذي عن جابر - ﷺ- مثله.

وفي التمهيد عن ابن عباس[*] - رضي الله عنهما- نحوه وفيه وقال: «إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم» وبهذا يتخصص عموم: ﴿وَأُحَلَّ لَكُم مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾[3] مع أن هذا كالإجماع.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على ذلك. وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا عن بعض أهل البدع ممن لا يعتدّ بخلافه كالروافض والخراوج، يروى: «أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن العزيز، وكان مما أنكرا عليه رجم الزانين وتحريم الجمع بين المراة وعمتّها، وبينها وبين خالتها. وقالا: ليس هذا في كتاب الله. فقال لهما: كم فرض الله عليكما من الصلوات؟ قالا: خمس صلوات في اليوم والليلة. وسألهما عن

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٢٧)؛ ومسلم في النكاح (٣٣، ٣٤، ٣٦، ٤٠؛ وأبو داود في النكاح (١٢)؛ وابن ماجه في النكاح (٣١)؛ والدارمي في النكاح (٨)؛ والإمام مالك في الموطأ (٢٠).

(*) من هنا بدأ سقط في نسخة «ج» مقداره لوحة من المخطوط تقريبًا.

(٣) الآية ٢٤ من سورة النساء.

عدد ركعاتها، فأخبراه بذلك، وسألهما: عن مقداره الزكاة ونصبها. فأخبراه. فقال: فأين تجدان ذلك في كتاب الله؟ قالا: لا نجده في كتاب الله. قال ممن أين صرتما إلى ذلك؟ قالا: فعله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده. قال: فكذلك هذا».

ولا فرق بين العمّة القريبة والبعيدة، وكذلك الخالة.

والضابط أن كل إمرأتين لو قلبت إحداهما ذكرًا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى لأجل القرابة لم يجز الجمع بينهما، حذارًا من قطعية الرحم القريبة، وبهذا حرّم بين المراة وبنت أخيها، لأن الأخ لها يباح له بنت أخيه، وابن الأخت لا تباح له خالته، وأبيح الجمع بين بنتي عمّين، وبنتي خالتين، وبين عمّتين، وبين خالتين، لأن ابن العم له أن يتزوج بنت عمّه، وابن الخال يتزوج بنت خاله، لكل هل يكره حذارًا من قطيعة الرحم وإن كانت بعيدة أو لا يكره؟ فيه روايتان. والله أعلم.

(قال): وإذا عقد على المرأة وإن لم يدخل بها فقد حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها.

(ش) تحرم زوجة الأب على الابن، وزوجة الابن على الأب، بمجرد العقد اتفاقًا، وكذلك أمهات النساء اتباعًا لإطلاق الرب سبحانه، إذ العقد تسميّ حليلة ابنه، ومنكوحة أبيه، وأم زوجته. روى عن أحمد - رحمه الله -: أن أمهات النساء كالربائب لا يحرّمن إلا بالدخول ببناتهن. وقد يستدل له بقول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ على أن دخلتم راجع إلى الأمهات وإلى الربائب.

وهو مردود بأن ﴿نسائكم﴾ الأول مجرور بالإضافة ﴿نسائكم﴾ الثاني مجرور بحرف الجر، فالجرّان مختلفان، وما هذا سبيله لا تجري عليه الصفة كما إذا اختلف العمل، وبما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل نكح امرأة فدخل بها فلا يحلّ له نكاح ابنتها، وإن لم يكن دخل بها فلينكح ابنتها، وأيما رجل نكح امرأة فلا يحلّ له أن ينكح أمها، دخل

بها أو لم يدخل»[1] رواه الترمذي.

وسئل زيد من ثابت - ﷺ- عن رجل تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها هل تحل له أمها؟ فقال زيد بن ثابت: «لا، الأم مبهمة ليس فيا شرط وإنما الشرط في الربائب»[2] رواه مالك في الموطأ، وعن ابن عباس نحوه. «وأرخص ابن مسعود -ﷺ- في نكاح الأم إذا لم تمس البنت، وهو بالكوفة، ثم قدم المدينة فأخبر أنه ليس كما قل، إنما الشرط في الربائب، فرجع إلى الكوفة، فأمر الرجل أن يفارق امرأته»[3] رواه مالك في الموطأ. والله أعلم.

(قال): وكل من ذكرنا من المحرّمات من النسب ولارضاع فبناتهن في التحريم كهنّ، إلا بنات العمات والخالات وبنات ومن نكحهن الآباء والأبناء فإنهن محلّلات.

(ش): قد تقدم هذا كله فيما تقدم، وإن كان الأولى تأخيره إلى هنا، إلا بنات من نكحهن الآباء والأبناء لدخولهن في عموم ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ وأمهاتهن إنما حرّمن لكونهن حلائل الآباء والأبناء، وبناتهن لسن بحلائل، وبهذا فارقن ابنة الربيبة، إذ ابنة الربيبة ربيبة، وابنة الحليلة ليست حليلة. والله أعلم.

(قال): وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها.

(ش): هذا مستأنف لا معطوف على ما تقدم، ولا يلزم أن أم الربيبة محرمة، أي وكذلك تحل بنات الزوجة التي لم يدخل بها، وقد تقدم ذلك. والله أعلم.

(قال): ووطء الحرام محرّم، كما يحرّم وطء الحلال والشبهة.

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (٢٦).

(٢) أخرجه الإمام مالك في النكاح (٢٢).

(٣) أخرجه الإمام في النكاح (٢٢، ٢٣).

(ش): الوطء الحرام يحرّم ما يحرّم وطء الحلال والشبهة نص عليه أحمد في رواية الجماعة، لما روى النبي ﷺ أنه قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» رواه ابن أبي شيبه مرسلاً لكن في رواية الحجاج بن أرطاة، وروى بإسناد صحيح عن عمران بن حصين أنه قال: «إذا وطئ الرجل أمّ امرأته حرّمت عليه امرأته» وأيضًا قوله سبحانه: ﴿وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾[1] ومن وطئ فقد نكح، إذا النكاح حقيقة في الوطء، بدليل قول الشاعر:

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عم وخال تلهف

وقال أبو عمر غلام ثعلب: الذي حصلناه عن ثعلب عن الكوفيين وعن المبرد عن البصريين أن النكاح في أصل اللغة اسم للجمع بين الشيئين، قال الشاعر:

أيها النكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يجتمعان

والجمع يحصل حقيقة بالوطء دون العقد، ولو قيل إنه حقيق فيهما أو في العقد، فالقرينة دلّت على أن المراد الوطء، وهو قوله سبحانه: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾[2] ومثل هذا التغليظ لا يستعمل في العقد، وأورد على هذا قوله سبحانه: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَراً فَجَعَلَهُ نَسَباً وَصِهْراً﴾[3] فأمتن سبحانه بالصهر، ولا يمتن بالزنا، وبما روى الدارقطني عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «الحرام لا يحرّم الحلال». وعن عائشة - رضي الله عنها-، عن النبي ﷺ نحوه.

وأجيب بأن الله سبحانه أمتن بالنسب، ومع هذا يثبت بالزنان، لأنه يثبت من أمه وآبائه، وعن حديث ابن عمر بأن مداره على إسحاق بن محمد الغروي،

---

(١) الآية ٢٢ من سورة النساء.

(٢) الآية ٣٢ من سورة الإسراء.

(٣) الآية ٥٤ من سورة الفرقان.

وهو منكر الحديث، قاله غير واحد من الأئمة، ورماه ابن معين وغيره بالكذب. وفيه أيضًا العمري وقد ضعف وعن حديث عائشة بأن مداره على عثمان بن عبد الرحمن، وهو منكر الحديث. وقال ابن معين: هو كذاب.

قد أشعر كلام الخرقي بأن وطء الحلال والشبهة لا نزاع فيهما بين أهل العلم، وهو كذلك إلا أنه قد حكى للشافعي قولين بان وطء الشبهة لا يحرم ولا يعرج عليه. ودخل في وطء الحلال الوطء بملك اليمين وهو إجماع. ودل كلامه على أن وطء الشبهة ليس بحلال ولا حرام. وقد صرح القاضي في تعليقه بأنه حرام.

وكلام الخرقي يشمل الوطء القبل والدبر. وصرح بذلك أبو محمد في كتابيه. وكذلك القاضي وأبو الخطاب بما يقتضي أنه وفاق. وشذ ابن حمدان في رعايتيه فقدّم اختصاص الحكم بالقبل، فقال: في قبل. وقيل: أو دبر.

وقد دخل في كلام الخرقي وطء الميتة لأنه وطء حرام. وقد قال القاضي في الجامع الكبير إنه لا يعرف الرواية في ذلك. وحكى فيها احتمالين. وقد يدخل فيه وطء من لا يؤطا مثلها. وقد يخرّج لأنه جناية وليس بوطء، وفيها وجهان، أصحّهما عدم التحريم. وقد يقال ظاهر كلام الخرقي أن الخلوة ونظر الفرج والمباشرة دونه إذا كنّ لشهوة لا يتعلق بهن تحريم لتخصيص والوطء بالذكر وهو الصحيح من الروايتين في الجميع. وتحقيق ذلك وبيان طرق الأصحاب فيه يحتاج إلى تطويل. والله أعلم.

(قال): وإن تزوّج أختين(*) من النسب أو الرضاع في عقد واحد فسد نكاحهما.

(ش): قد تقدم انه يحرّم الجمع بين الأختين مطلقًا، فإذا جمع فسد النكاح

(*) إلى هنا انتهى السقط الموجود في نسخة «ج».

فيهما لارتكابه النهي، مع أنه لا مزيّة لإحداهما على الأخرى أشبه ما لو زوجت المرأة من رجلين أو عقد عليها، ولبيان عقدين لرجلين فوقعا معًا.

ونقل ابن منصور عن أحمد إذا تزوج أختين في عقد يختار إحداهما. قال القاضي: وهو محمول على أنه يختار إحداهما بعقد مستأنف. والله أعلم.

(قال): وإن تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته.

(ش): أي إذا تزوجهما في عقدين فوقعا واحدًا بعد واحد، وعلم السابق فإن الحكم له إذِ الجمع المحرّم إنما يحصل بالثاني، فاختص بالبطلان به، أما إن علم وقعهما معًا فقد تقدم، ،إن لم يعلم كيف وقعا، أو علم السبق ولم يعلم السابق، أو علم ثم نسي، فظاهر كلام جماعة من الأصحاب أن حكم ذلك حكم الوليّين يزوجان من رَجُلين.

قال ابن أبي موسى: فإن جهل أوّلهما بطل النكاحان، وقيل عنه يقرع بينهما والأول أصح. والله أعلم.

(قال): والقول فيهما القول في المرأة وعمتّها، والمرأة وخالتها.

(ش): هذا من باب المقلوب، أي القول في المرأة وعمتّها والمرأة وخالتها كالقول في الأختين إن تزوجهما في عقد واحد لم يصحّ، وإن تزوجهما في عقدين صحّ الأول. والله أعلم.

(قال): وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية.

(ش): هذا إحدى الروايتين وهو اختيار القاضي في تعليقه والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما وأبي محمد: لأن الأجنبية محل قابل للنكاح صدر عليها عقد من أهله فصحّ، لما لو انفردت.

والثانية لا يصح فيهما، اختارها أبو بكر، لأنه عقد اشتمل على مباح ومحظور، فغلب الحضر، كما لو اختلطت المذكاة والميتة، وكذبيحة من أحد أبويه كتابيًا والآخر مجوسيًا. وأجيب عن المذكاة والأجنبية، بأن عين المباح مجهول وهاهنا معلوم. وعن أحد أبويه كتابيًا بأن المباح والمحظور اجتمعا في عين واحدة، وهاهنا في عينين، وهكذا الحكم في كل من جمع بين محرّمة ومحلّلة، هل يصحّ النكاح في المحلّلة؟ على روايتين. والله أعلم.

(قال): وإذا اشترى أختين فأصاب إحداهما ولم يصب الأخرى حتى يحرّم عليه الأولى ببيع أو نكاح أو هبة أو ما أشبهه. ويعلم أنها ليست بحامل منه.

(ش): يجوز أن يشتري أختين في عقد لأن الممنوع منه الجمع بينهما في الفراش، ولا يصيران بذلك فراشًا بالإجماع ولا يجوز الجمع بينهما في الوطء وعلى المنصوص المشهور من الروايتين، وهو المختار للأصحاب لقوله تعالى: ﴿أَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[1] وهو شامل للجمع في النكاح، والجمع بملك اليمين فإن قيل حقيقة الجمع المقارنة، وذلك متعذر في الوطء. قيل الجمع يعبّر به عن فعل الشيئين أحدهما عقب الآخر. كما أنه ﷺ جمع بين الصلاتين، ولأن الذي علل به ﷺ تحريم الجمع في النكاح وهو قطع الرحم موجود هنا.

وقد روى عن عثمان - ﷺ -، وعليّ وابن عباس - رضي الله عنهم - أنهم قالوا: «أحلّتها آية وحرّمتها آية» يريدون بالمحلّلة قوله تعال: ﴿أُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ﴾ وبالمحرمة: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ فغلبنا آية التحريم احتياطًا. وأيضًا فآيه التحليل قد خصّت بالاتفاق فضعف عمومها. وحى القاضي وطائفة من أصحابه، والشيخان وغيرهما رواية بالكراهة من غير

(١) الآية ٢٣ من سورة النساء.

تحريم، معتمدين في ذلك على قوله في رواية ابن منصور وسأله عن الجمع بين الأمتين المملوكتين تقول: إنه حرام قال: لا أقول إنه حرام ولكن ينهى عنه. وامتنع أبو العباس من إثبات هذه رواية قال: لأنه لم يقل ليس بحرام، ولكنه قال: لا أقول إنه حرام.. وهذا الأدب في الفتوى كثيرًا ما يستعمله السلف لا يطلقون لفظ التحريم بل يقولون: منهيّ عنه ولا لفظ الفرض، بل يقولون يؤمر به ونحو ذلك استهابة لهذه اللفظة إلا فيما علم دليله بالقاطع.

وبالجملة هذا القول يستدل له بالعمومات نحو: ﴿أُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾، ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[1] ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[2] ولا تفريع على هذا القول، أما على الأول فإذا ملك أختين كان له أن يطأ إحداهما أيّتهما شاء على ظاهر كلام أحمد والخرقي، واختيار القاضي وابن عقيل والشيخين وغيرهما، إذا الممنوع منه الجمع في الوطء، ولم يوجد.

وقطع أبو الخطاب في هدايته بالمنع من وطء إحداهما حتى تحرم الأخرى، بما سيأتي إن شاء الله تعالى، إذا لا مزّية لأحدهما على الأخرى، فاستباحة وطء إحداهما دون الآخر ترجيح من غير مرجّح.

وبردّ بأن اختياره ترجّح أحد الجائزين ومتى وطئ إحداها لم تحلّ له الأخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه بتزويج أو بيع أو هبة أو عتق، ويعلم أنها ليست بحامل منه بأن يشتريها، نص أحمد - رحمه الله - على ذلك الجملة، محتجًا بأن هذا قول علي، وابن عمر - رضي الله عنهم -، وما ليس فيه أنه لو لم يفعل ذلك أفضى إلى الجمع بين الأختين في الوطء، أو جمع ماءه في رحم أختين،

---

(١) الآيتان ٥، ٦ من سورة المؤمنون.

(٢) سورة النساء، آية ٣.

وأنه غير جائز ولا يكفى استبراؤها بدون زوال الملك على الصحيح سدًا للذريعة، إذا الاستبراء لا يمنع وطأها، واتباعًا لحكم الصحابة.

وقال ابن عقيل: ينبغي أن يكتفى به، إذا به يزول الفراش المحرّم للجمع، ولا يكفي زوال ملكه بدون استبراء، حذرًا من أن يجمع ماءه في رحم أختين، ولا لتحريم بدون زوال ملك، كما إذا ظاهر منها. نص عليه أحمد معلّلاً بأن هذا قد يكفر. وكما إذا كان رهنا على الأشهر لتمكّنه من فكّ الرهن. وفيه وجه لانعقاد سبب الانتقال. وتكفي الكتابة في وجه اختاره القاضي وغيره، لأنها نوع من البيع، ولا يكفي في آخر، اختاره أبو محمد لبقاء الملك. ولا يكفي تحريمها بصوم أو اعتكاف أو ردّة أو عدة ونحو ذلك لبقاء الفراش.

وظاهر إطلاق أحمد وكثير من الأصحاب أنه يكفي زوال الملك وإن أمكنه الاسترجاع، كما إذا وهبها لولده، أو باعها بشرط الخيار. وظاهر ضابط ابن عقيل المنع، فإنه قال: عقد الباب أن يحرّمها تحريمًا لا يمكنه رفعه بنفسه. وحكى ابن تيمية المسألة على وجهين، والله أعلم.

(قال): فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى يحرّم الأخرى.

(ش): يعني إذا عادت المحرّمة إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى يحرّم الأخرى. وتحت هذا صورتان:

إحداهما: إذا عادت بعد وطء الأخرى. فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة، وعليه عامة الأصحاب: أنه يجتنبهما حتى يحرّم إحداهما، حذارًا من الجمع بينهما في الفراش، لأن الأولى قد كانت فراشًا، والثانية قد صارت فراشًا، واختار أبو البركات أنه يقيم على وطء الثانية ويجتنب الراجعة لأن فراشها قد انقطع، والعّود لا يصيّرها فراشًا.

الصورة الثانية: عادت قبل أن يطأ الباقية، فظاهر كلام أحمد والخرقي وكثير من الأصحاب اجتنابهما حتى يحرّم إحداهما كالأولى، لأن استفرش الأول واستباح الثانية، فتصير في حكم المستفرشة. واختار أبو البركات أنه يطأ أيتّهما شاء، إذ الأولى قد زال فراشها، والثانية لم يستفرشها، كالمشتراتين ابتداء. واختار أبو محمد إباحة الراجعة لثبوت الفراش لها دون الباقية، حذارًا من الاجتماع في الفراش. والله أعلم.

(قال): وعمّة المرأة وخالتها في ذلك كأختها.

(ش): كل من حرّم الجمع بينه وبين آخر في الفراش كالأختين في جميع ما تقدم لاستوائهما معنى فاستويا حكمًا، والله أعلم.

(قال): ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها.

(ش): نص على هذا أحمد – رحمه الله –، وذكره عن عبد الله بن جعفر، وعبد الله بن صفوان، وعن جملة من أصحاب رسول الله ﷺ، وكذلك ذكره البخاري عن عبد الله بن جعفر، «أنه جمع بين ابنة عليّ وامرأته» ورواه الدارقطني عن ابن عباس وعن رجل من الصحابة من أهل مصر يقال له جبلة، وهو راجع إلى القاعدة السابقة وهو أن كل امرأتين لو قلبت إحداهما ذكرًا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى لأجل القرابة لم يجز الجمع، وإلا جاز إذا لو قليت امرأة الأب ذكرًا لاقتضى لها جواز التزوج ببنت الزوج إذا لقرابة بينهما وإنما للصهرية. والله أعلم.

(قال): وحرائر أهل الكتاب وذبائحهم حلال للمسلمين.

(ش): لقول الله سبحانه: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ

الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(١) وهذا يخصص قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ﴾(٢) الآية. وقيل عن ابن عباس: أنها نسخت بها. وقيل لفظ المشركين لا يتناول بإطلاقه أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ﴾(٣) وقوله: ﴿مَّا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلاَ الْمُشْرِكِينَ﴾(٤) وهو كثير مع أن جواز نكاح حرائر أهل الكتاب إجماع أو كالإجماع قال ابن المنذر: لا يصحّ عن أحد من الأوائل تحريم ذلك إلا أن أحمد قل في رواية ابن ابراهيم: اختلفوا في اليهود والنصارى. أما المجوس فلم يختلفوا فيهم.

وذكر البخاري عن نافع، عن ابن عمر: «كان إذا سئل عن نكاح النصرانية أو اليهودية قال: إن الله حرّم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئًا أكثر من أن تقول المرأة: ربّها عيسى، وهو عبد من عباد الله».

وقد دخل في كلام الخرقي الحربيات من الكتابيّات، وهو أحدى الأقوال اختاره القاضي في المجرد وغير لدخولهن في الآية الكريمة. وقيل لا يجوز مطلقًا حملاً لآية المنع على ذلك وآية الجواز على غير الحيربيّات.

وقيل بالجواز في دار الحرب مع الضرورة، وهو اختيار طائفة من الأصحاب، ونص عليه أحمد أيضًا، وعلّل الإمام المنع في دار الحرب من أجل الولد لئلا يستعبد ويصير على دينهم.

وحكى عن ابن عباس في رواية أنه كره ذلك.

---

(١) الآية ٥ من سورة المائدة.

(٢) الآية ١ من سورة البيّنة.

(٣) الآية ٢٢١ من سورة البقرة.

(٤) الآية ١٠٥ من سورة البقرة.

وفي أخرى أنه قال: لا يتزوج. وعامة نصوص أحمد في الأسير. فعلى تعليل أحمد لا يتزوج ولا مسلمة. ونص عليه في رواية حنبل: بل ولا يطأ زوجته إن كانت معه. ونص عليه في رواية الأثرم وغيره. وعلى مقتضى تعليله له أن يتزوج أيسه أو صغيرة.

ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يباح له نكاح الإماء الكتابيات. وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى، وأنه لا يباح له نكاح مشركة غير كتابية ولا طعامها، وذلك لقوله سبحانه: ﴿وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ وقول تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[1] خرج من ذلك أهل الكتاب بما تقدم، فبقي من عداهم من عبدة الأوثان والمرتدّين والمكفّرين من أهل الملّة والمجوس ونحوهم على مقتضى المنع. فإن قيل: قد روي عن عليّ كرم الله وجهه: «أن المجوس لهم كتاب، وقد قال رسول الله ﷺ سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب، ومن سنّة أهل الكتاب حلّ نسائهم»[2] قيل: قد قال الله تعالى: ﴿أَن تَقُولُواْ إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾[3] الآية فبيّن سبحانه أنه أنزل القرآن كراهة أن يقولوا ذلك، ولو أنزل على أكثر من طائفتين لكان هذا القول كذبًا.

وأيضًا قوله سبحانه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾[4] فذكر الملل الست، وأنه يفصل بينهم يوم القيامة. فلمّا ذكر الملل اللاتي فيها سعيد لم

(١) الآية ١٠ من سورة الممتحنة.

(٢) أخرجه الإمام مالك في الزكاة (٤٢).

(٣) الآية ١٥٦ من سورة الأنعام.

(٤) الآية ١٧ من سورة الحج.

يذكر المجوس ولا المشركين، فقال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُواْ وَالَّذِينَ هَادُواْ وَالنَّصَارَى وَالصَّابِئِينَ مَنْ آمَنَ بِاللهِ﴾[1] ولو كان في المجوس والمشركين سعيد لذكرهما كما ذكر اليهود والنصارى، إذ لو كان لهم كتاب لكانوا قبل النسخ على هدى.

وقد روى وكيع عن سفيان، عن قيس، عن الحكم بن محمد بن عليّ قال: «كتب رسول الله ﷺ إلى هجر يعرض عليهم الإسلام. فمن أسلم قبل، ومن أبي ضربت عليه الجزية، على أن لا تؤكل لهم ذبيحة، ولا تنكح لهم امرأة، وهذا وإن كان مرسلاً فقد عضده قول خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ، وعلم جمهور أهل العلم. وأما ما روى عن عليّ فقد أنكره أحمد في رواية محمد بن موسى وقال: إنه باطل. وأنكر أيضًا ما روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسة. ثم لو صبح حمل على أنه كان بأيديهم كتاب ثم رفع. وأما قوله ﷺ: «سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب» أي في الجزية، وهو يدل على أن لا كتاب لهم، وكما فهمته الصحابة والدماء تعصم بالشبهات وعكسهما الفروج. والذبائح لا تباح بالشبهات، ولا يقل الحديث وإن فهم منه أنه ليس لهم كتاب إلا أنه يدل على أنه يسّن بهم سنّة أهل الكتاب، أي طريقتهم، ومن طريقتهم حلّ نسائهم وذبائحهم، لأنّا نقول: الحديث لا عموم فيه، إذ التقرير: سنّوا بهم مثل سنّة أهل الكتاب. والنكرة في سياق الإثبات لا عموم لها، ولئن سلم شمول الحديث للنكاح والذبائح، لكنه يخصّ مفهوم قوله سبحانه: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ﴾[2] الآية.

---

(١) الآية ٦٢ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٥ من سورة المائدة.

تنبيه: أهل الكتاب هم أهل التوراة والإنجيل، فأهل التوراة: اليهود والسامرة. وأهل الإنجيل: النصارى ومن وافقهم في أصل دينهم من الفرنج والأرمن وغيرهم.

وأما الصابئية فقال أحمد: هم جنس النصارى.

وقال في موضع آخر: بلغني أنهم يسبتون، فألحقهم باليهود.

قال أبو محمد: والصحيح أن من وافق اليهود والنصارى منهم في أصل دينهم، وخالفهم في فروعه فهو منهم، ومن خالفهم في أصل دينهم فليس منهم.

وأما المتمسك بصحف إبراهيم وشيث، وزبور داود، فليسوا بأهل الكتاب على الصحيح ذكره ابن عقيل وغيره، فلا تحلّ نساؤهم ولا ذبائحهم، لقول سبحانه: ﴿أَن تَقُولُواْ إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾[1] الآية. وقيل: إنهم من أهل الكتاب فتحلّ نساؤهم وذبائحهم، ويقرّون بالجزية، ومن عدا من ذكرنا فليسوا بأهل الكتاب والله أعلم.

(قال): وإذا كان أحمد أبوي الكافرة كتابيًا والآخر وثنيًا لم ينكحها مسلم.

(ش): هذا الذي قطع به عامة الأصحاب: الخرقي وأبو بكر في الشافي والمقنع، وابن أبي موسى، والقاضي في المجرد والجامع والخلاف، وابن عقيل في الفصول، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن البنا وأبو محمد في الكافي، ولم أرمن ذكر عن أحمد بذلك نصاً، وذلك لأنها متولدة بين من يحلّ ومن لا تحلّ، فغلب جانب التحريم احتياطيًا، كالمتولد بين الحمار والفرس.

---

(١) الآية ١٥٦ من سورة الأنعام.

وحكى أبو البركات وأبو محمد في كتابه الصغيرة رواية بالجواز، لأنها كتابية فيدخل في عموم الآية المبيحة.

وحكى ابن رزين رواية ثالثة أن الأب إذا كان كتابيًا أبيحت، وإلا فلا لأن الولد ينسب إلى أبيه، فيكون حكمه حكمه، وخطأ أبو العباس هذا القول وقال: إن كلام أحمد إنما يدل على أن العبرة بالدين، وأنه لم يعلق الحكم بالنسب البتة.

قلت وكذلك ذكر القاضي في تعليقه ردًا على الشافعية أن تحريم النكاح والذبيحة متعلق بالدين دون النسب والدين المحرّم موجود، فكان الاعتبار به دون النسب.

تنبيه: ذكر أبو البركات هذا روايتين، وقال في عقد الذمة: إن من أقررناه على تهوّد أو تنصّر متجدد بعد المبعث أبحنا ذبيحته ومناكحته. ولم يذكر خلافًا، وعكس القاضي فجزم هنا بالمنع. وحكي في المنتقل إلى دين أهل الكتاب بعد الفتح روايتين. وهذا قد يستشكل على كلا النقلين، فإنه إذا منع من ذبيحة من أحد أبويه وثني، فمن أبواه وثنيّان أولى إلا أن يقال يجوز أن يكون هذا فيمن أبواه كتابيان، ثم توثّن هو، ثم انتقل إلى الكتابية. أو يقال: إن المنع في من أحد أبويه كتابيّ كان لأجل النسب، وقد تقدم ضعف هذا. وحمل أبو العباس كلام الخرقي وغيره من الجازمين بالمنع في هذه المسألة على أنه فيمن لم يثبت له دين بنفسه لعدم تعرضهم للدين، وهذا كأن يتزوج صغيرة وأحد أبويها غير كتابيّ، إما أن يدين بدين أهل الكتاب فهو محلّ الروايتين، كما ذكره أبو البركات[1].

---

(١) محل الخلاف فيما كان أحد أبويها غير كتابيّ. إذا اختارت هي دين أهل الكتاب. أما أن اختارت غيره: فلا تباح قولاً واحدًا .(الإنصاف: ٨/ ١٣٧).

قلت: وهذا الجواب يحسن على قول القاضي، أما على قول جده فلا يحسن، والله أعلم.

(قال): وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب أجبرت على الإسلام، فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها.

(ش): إذا انتقل الكتابيّ من دينه إلى غير دين الإسلام فلا يخلو إما أن ينتقل إلى دين من يتدّين بكتاب أو لا فإن كان الأول كمن انتقل من يهودية إلى نصرانية، أو بالعكس، فهل يقر؟ وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار الخلاّل وصاحبه، لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب فكأنه لم ينتقل أو لا يقر، وهو اختيار القاضي في الجامع الصغير، وعامة الأصحاب: الشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، وابن عقيل في التذكرة، والشيرازي، وغيرهم، لأنه انتقل إلى دين أقر ببطلانه أشبه المرتد، ولعموم قول النبي ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[1] خرج منه المسلم بالإجماع إذا رجع، فيبقى ما عداه على مقتضى العموم، فعلى هذا يؤمر بالإسلام، فإن لم يُسلم فعنه يقتل كالمسلم إذا ارتدّ، وعنه يهدّد ولا يقتل احتياطًا للدماء.

وعنه أنه إن رجع إلى دينه الأول ترك. كالمرتدّ من ملّتنا، وإلاّ هدّد ولم يقتل، وإن كان الثاني كأن انتقل من الكتابية إلى المجوسية والوثنية ونحوهما، فلا يقرّ على إحدى الروايتين، واختيار الخرقي، وبه جزم أبو محمد وغيره، لأن الوثنية ونحوها لا يقر أهلها عليها، فالمنتقل إليها أولى، والمجوسية قد أقرّ ببطلانها مع كونها أنقص منه دينه، وعنه يقرّ على المجوسية لأنه انتقل إلى دين

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد (١٤٩) وفي الاعتصام (٢٨) وفي الاستتابه (٢)؛ وأخرجه أبو داود في الحدود (١)؛ والترمذي في الحدود (٢٥)؛ والنسائي في التحريم (١٤)؛ وابن ماجه في الحدود (٢)؛ والإمام أحمد ١/ ٢، ٧، ٢٨٢، ٢٨٣، ٣٣٣ وفي ٥/ ٢٣١.

يقرّ أهله عليه أشبه، فالمنتقل إلى دين أهل الكتاب،ولعموم: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾[1] الآية. فعلى الأول، وهو المذهب، لا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف في إحدى الروايتين، واختيار الخلاّل وصاحبه، لان غير الإسلام دين أقرّ ببطلانه، أشبه المرتدّ.

وفي الرواية الأخرى لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه، كالمرتدّ إذا رجع إلى الإسلام، وحيث يقبل، فهل يستتاب كالمرتدّ أو كالكافر الأصليّ؟ فيه احتمالان. وعلى الثاني إن رجع إلى ما يقرّه عليه ترك. وحيث أقررنا المنتقل على ما انتقل إليه، فكان المنتقل ذمية تحت مسلم. فالنكاح بحاله، إلا أن ينتقل إلى المجوسية. فإنه كالردّة، إذ المسلم لا يثبت له نكاح على مجوسية، وكذلك إن لم يقر المنتقل وأذن، إن كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، وإن كان بعده، فهل ينفسخ النكاح، أو يقف على انقضاء العدة؟ فيه روايتان، المذهب منهما الثاني، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

(قال): وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية.

(ش): أمته الكتابية حلال له لعموم قوله سبحانه: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[2] وقوله: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[3] ولأن نكاح الأمة الكتابية غير المملوكة إنما حرّم حذرًا من إرقاق ولده، وإبقائه مع كافرة، وهذا معدوم في مملوكته، ولا تباح له أمته المجوسية ولا الوثنية بطريق الأولى، لعموم ما تقدم في تحريم نكاح المجوسيات ونحوهنّ.

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة.

(٢) الآية ٢٤ من سورة النساء.

(٣) الآيتان ٢٩ من ٣٠ من سورة المعارج.

فإن قيل: ما تقدم الأيتين ظاهر في الإباحة، ويؤيده ما روى أبو سعيد الخدري، - ﷺ -: «أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثًا إلى أوطاس، فلقوا عدوّهم فقاتلوه وأصابوا لهم سبايا، فكأن أناسًا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرّجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين، فأنزل الله عز وجل في ذلك ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ أي فهن لهم حلا إذ انقضت عدتهن»[1] رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي.

وقال ﷺ في سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة»[2] رواه أبو داود.

ثم إن الصحابة كان أكثر سباياهم من كفّار العرب، وهم عبدة أوثان، ولم ينقل أنهم حرّموا ذلك. وقد أخذ عمر، وابنه، من سبي هوزان. قيل: الآيتان مخصوصتان بما تقدم.

وأما حديث أبي سعيد فقضية عين، إذ يحتمل أنهم أسلموا، وكذلك الجواب عن غيره.

قال محمد بن الحكم: قلت أبي عبد الله: فهوازن أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال: لا أدري كانوا أسلموا أو لا. ويتعين ذلك، لأنه قد نقل اتفاق أهل العلم علي التحريم ولهذا ادعى أبو عمر ابن عبد البر النسخ بقوله: «وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ»[3] و الله أعلم.

(قال): وليس للمسلم وإن كان عبدًا أن يتزوج أمة كتابية، لأن الله تعالى قال: ﴿مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[4].

---

(١) أخرجه البخاري في التوحيد (١٨)؛ وأخرجه مسلم في الرضاع (٢٣)؛ وأبو داود في النكاح (٤٤)؛ والترمذي في النكاح (٣٦) وفي تفسير سورة ٣(٣)؛ والنسائي في النكاح (٥٩).

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح (٤٤)؛ والدارمي في الطلاق (١٨).

(٣) الآية ٢٢١ من سورة البقرة.

(٤) الآية ٢٥ من سورة النساء.

(ش): نص على هذا أحمد، مستدلاً بهذه الآية. قال أبو بكر: رواه عنه أكثر من عشرين نفسًا. انتهى. وعليه الأصحاب، متقدمهم ومتأخرهم، لما تقدم ولأنه اجتمع فيها نقص الرق والكفر، أشبهت المجوسية لما اجتمع فيها الكفر وعدم الكتاب حرّم نكاحها، وحذرًا من استرقاق ولدها.

وعن أحمد رواية أخرى، يجوز نكاحها في الجملة لأنها تحل بملك اليمن فتحل بالنكاح كالمسلمة، وعلى هذه يجوز للعبد مطلقًا، وللحر بشرطه كما سيأتي. ولا فرق على إطلاق الخرقي وغيره بين أن تكون الأمة تلد أو لا تلد ولا بين أن تكون لمسلم أو لكافر، وصرح به القاضي في التعليق، والله أعلم.

(قال): ولا يجوز لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا أن يكون لا يجد طولاً لحرة مسلمة، ويخاف العنت.

(ش): أي وليس لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا بوجود شرطين: عدم الطول، وخوف العنت، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[1]. إلى قوله سبحانه: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾[2] فشرط سبحانه لنكاح الأمة شرطين: عدم الطول، وخوف العنت، والمعلق على شرط عدم عند عدم الشرط، ولأنه حر أمن العنت، فامتنع من نكاح الأمة، كما إذا كان تحته حرة.

وقوله: (ليس الحر) يحترز عن العبد له أن ينكح الأمة من غير شرط لتساويهما.

وقوله (مسلم) يحترز به عن الكافر، وهذا من فروع أنكحه الكفّار.

---

(١) الآية ٢٥ من سورة النساء.

(٢) فسر القاضي وغيره العنت بالزنا: وقال في الترغيب: فلو كان يقدر على الصبر لكن الصبر يؤدي إلى مرض، جاز له نكاح الأمة: (الإنصاف: ٨/ ١٤٠).

وقوله (أمة مسلمة) يحترز به عن الأمة الكافرة فإنه لا يجوز نكاحها ولا مع الشرطين كما تقدم.

والطول، قال أحمد تبعًا لا بن عباس – رضي الله عنهما –: السعة.

وعن جابر – ﷺ –: أنه لا يجد صداق حرة، وكذلك قال القاضي في المجرد، وزاد عليه ابن عقيل: ولا نفقتها.

وقوله (طولاً لحرة مسلمة) ظاهرة أن من لم يجد طولاً لحرة مسلمة ووجد طولاً لحرة كتابية، أن له نكاح الأمة ، وصرح به أبو الخطاب في الانتصار أخذًا باهر قوله تعالى: ﴿مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾. وصرح القاضي في المجرد، وابن عقيل وأبو محمد وغيرهم بعدم اشتراط الإسلام، فمن وجد طولاً لحرة مطلقًا لا يجوز له نكاح الأمة لأنه إذن يأمن العنت، فيفوت الشرط.

وتوقف أحمد في رواية أخرى ولم يشترط الخرقي إلا أن لا يجد طولاً لحرة مسلمة، فظاهره أنه لا يشترط أن يجد ثمن أمة. وهو ظاهر إطلاق القاضي في تعليقه، وطائفة من أصحابه.

وأورده ابن حمدان في رعايتيه مذهبًا. وصرح القاضي في المجرد، وابن عقيل، وأبو الخطاب، والشيخان، وغيرهم باشتراط ذلك. ثم إن القاضي وابن عقيل قيّدا الأمة بالإسلام وأطلق ذلك أبو الخطاب والشيخان.

والعنت: فسره القاضيان أبو يعلى وأبو الحسين والشيرازي وأبو محمد بالزنا، وفسره أبو البركات لحاجة المتعة، أو حاجة الخدمة لكبر، أو سقم ونحوهما. وجعله ابن حمدان قولاً. انتهى.

وقد دخل في كلام الخرقي المجبوب ونحوه، له نكاح الأمة بشرطه كما إذا خشي مواقعة المحظور بالمباشرة ونحوها، وصرح به القاضي وغيره. ودخل في

كلامه أيضًا جواز نكاح الأمة الولود بشرطه وإن وجد أيسة وصرح به القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما ودخل في كلامه أيضًا عدم جواز نكاح الأمة إذا عدم الشرط، وإن كانت لا تلد لصغر أو رتق ونحو ذلك، وصرحًا به أيضًا. واقتضى كلامه أنه إذا لم يجد ما يتزوج به حرة لم يلزمه الاقتراض مع القدرة عليه، ولا التزوج بصداق في الذمة وإن كان مؤجلاً، دفعًا للضرر عنه[1]. وصرح به القاضي وأبو محمد، وكذلك لو وهب له الصداق لم يلزمه قبوله، نعم، لو رضيت المرأة بدون صداق مثلها وهو قادر على ذلك، ففي جواز نكاح الأمة إذن احتمالان ذكرها القاضي في التعليق.

وظاهر كلام الخرقي الجواز ولو لم يجد حرة إلا بزيادة على مهر مثلها لا يجحف بماله. فقال أبو محمد: يلزمه النكاح للاستطاعة ولا يرد إليهم على وجه، لأنه رخصة عامة، ونكاح الأمة إنما أبيح للضرورة، ولا ضرورة، وجوّز له أبو عبد الله ابن تيمية نكاح الأمة إن عدت الزيادة سرقًا.

تنبيه[2]: القول قوله في خشية العنت وعدم الطول حتى لو كان في يديه مال فادّعى أنه وديعة أو مضاربة قبل قوله، لأنه حكم فيما بينه وبين الله تعالى، والله أعلم.

(قال): ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول، وخوف العنت، ثم أيسر لم يفسخ نكاحها.

(ش): هذا هو المذهب المنصوص المجزوم به عند عامة الأصحاب، لأن زوال الشرط بعد العقد لا يبطله بدليل إذا ارتدت المرأة أو لزمتها عدة، ولأن الممنوع منه النكاح، وهذا غير ناكح، وإنما هو مستديم.

---

(١) وكذلك إلى رضيت الحرّة بتأخير صداقها، أو تفويض بضعها، لأن لها مطالبته بعوضه (المغنى والشرح الكبير: ٧/ ٥١١).
(٢) في نسخة «ج»: «قلت».

وخرّج القاضي وغيره رواية أخرى بالفسخ مما إذا تزوج الحرة على الأمة، فإن فيها روايتين منصوصتين، وذلك لأن نكاح الأمة إنما أبيح للضرورة، فيزول بزوالها، كأكل الميتة. وفرّق بأن في الميتة هو مبتدأ وهنا مستديم. ولم يتعرض الخرقي لما إذا أمنت العنت، وفيه طريقان للأصحاب، ومنهم من أجرى الخلاف فيه كأبي عبد الله بن تيمية، ومنهم كأبي محمد وابن حمدان من لم يجر الخلاف فيه حتى إن بعض أصحاب الخلاف جعله أصلاً، وقاس عليه ما تقدم، والله أعلم.

(قال): وله أن ينكح من الإماء أربعًا إذا كان الشرطان فيه قائمين.

(ش): يعني أنه إذا تزوج أمة فلم يعفه، ولم يجد طولاً له أن يتزوج ثانية وثالثة وأربعة، وهذا. نص الروايتين عن أحمد(١)، واختار ابن عقيل في التذكرة وأبي محمد لدخوله في الآية الكريمة، إذ هو عادم للطول، خائف العنت.

ونقل عنه حرب لا يعجبني أن يتزوج إلا واحدة. يذهب إلى قول ابن عباس لا يتزوج الحر من الإماء إلا واحدة، فأخذ من ذلك ابن أبي موسى والقاضي في المجرد، وغير واحد من الأصحاب رواية بالمنع، واختارها القاضي في المجرد، وحكاها عن أبي بكر ذلك في الجامع الكبير مدعيًا بأن إطلاقه محمول على ما إذا خشي العنت. وكذلك قال أبو محمد، وحمل أيضًا قول ابن عباس على ذلك، ولكن القاضي في الجامع يفسر خشية العنت هنا بما إذا كان تحته أمة غائبة أو مريضة أو طفلة، فعنده أن وجود زوجة يمكن وطؤها مؤمّنًا من العنت، وهذا في الحقيقة عين القول بالمنع.

---

(١) اختلف الرواية عن أحمد إباحة أكثر من إمة إذا لم تعفه.

فعنه أنه قال: إذا خشي العنت تزوج أربعًا إذا لم يصبر كيف يصنع.

وعنه قال: لا يعجبني أن تتزوج إلا أمة واحدة. (المغني والشرح الكبير:٧/ ٥١).

تنبيه: على القول بالجواز له أن ينكح الأربع دفعة واحدة إذا علم أنه لا يعفه إلا ذلك، صرح به القاضي في المجرد. وقد يقال إن كلام الخرقي يقتضيه. والله أعلم.

(قال): وإذا خطب الرجل المرأة فلم تسكن إليه فلغيره خطبتها.

(ش): لا يجوز للرجل أن يخطب على خطبة أخيه في الجملة على المذهب المعروف المشهور، لما روى عقبة بن عامر - رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال: «المؤمن أخو المؤمن فلا يحل لمؤمن من أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر»(1) رواه أحمد ومسلم، لأن في ذلك إفساد على الخاطب الأول، وإيقاعًا للعداوة بينهما.

جعل أبو حفص ذلك مكروهًا لا محرّمًا، وكأنه ذهب إلى قول أحمد في رواية صالح أكرهه. وحمل القاضي ذلك على التحريم لتصريحه به في رواية ابن مشيش، فعلى الأول إنما يمنع إذا أجيب تصريحًا، وكذلك أجيب تعريضًا على إحدى الروايتين واختيار أبي محمد كما تقدم. وعن ابن عمر - رضي الله عنهما-: قال رسول الله ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه إلا بإذنه» رواه مسلم وأبو داود.

والرواية الثانية لا يمنع مع التعريض، لحديث فاطمة بنت قيس الذي في الصحيحن «فَإِن النَّبِيِّ ﷺ أَمَرَها أَنْ تَعْتَدَّ في بَيْتِ ابن أُمِّ مَكْتُومٍ، وقال لها: إِذَ حَلَلْتِ فَأَذِنيني. قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن سفيان، وَأبا جهم خطباني.

---

(1) أخرجه البخاري في النكاح (٤٥) وفي البيوع (٥٨) وفي الشروط (٨)؛ وأخرجه مسلم في البيوع (٨) وفي النكاح (٣٨، ٤٩، ٥٢، ٥٤، ٥٦)؛ وأخرجه أبو داود في النكاح (١٧)؛ والترمذي في النكاح (٣٨)؛ والنسائي في البيوع (١٩)؛ وابن ماجه في النكاح (١٠)؛ والدارمي (٧)؛ والإمام مالك في النكاح (١، ١٢٢)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٢٢، ١٢٤، ١٢٦ن ١٤٢، ١٥٣، ٢٣٨، ٢٧٤، ٣١١، ٣٨٨، ٣٩٤، ٤١١، وفي ٤/ ١٤٧. وفي ١١.

فقال رسول الله ﷺ: أما أبوه جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، ثم قال: انكحي أسامة بن زيد فنكحته، فجعل الله فيه خيرًا، واغتبطت به»[1] فظاهره أنها ركنت إلى أحدهما، وأيضًا فالرسول ﷺ قال لها «انكحي أسامة» ولم يسألها هل ركنت إلى أحدهما أم لا؟ وقد أجيب بأن في الحديث رواية(*) أخرج: «وَأَرْسَلَ إِلَيْهَا رَسُولُ الله ﷺ أَنْ لا تَسْبِقيني بِنَفْسكِ»[2] وفي رواية: «ولا تفوتيني بنفسك» وفي راوية: «ولا تفوتيني بنفسك» فلا يظن بها أنها كانت تجيب قبل إذن رسول الله ﷺ» وإنما جاءت مستشيرة، وأيضًا فهو ﷺ كان قد خطبها أولاً، فخطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة. بقي أن يقال فالرسول قد عرض بخطبتها فكيف ساغ لغيره الخطبة ولم ينكر الرسول عليه. ويجاب: أنهما لم يعلما. ويحتمل أن الرسول أنكر عليهما ولم ينقل. أو يقال: إنما يمنع الرجل من الخطبة على خطبة أخيه إذا خطب تصريحًا، أما إن خطب تعريضًا لا. وهذا أحسن وبه يستدل على أنه إذا أجابت تعريضًا للغير الخطبة قياسًا لأحد الشيئين على الآخر. انتهى.

أما إن رد فيجوز لأنها تصير كمن لم يخطب، ولأن المنع والحالة هذه نهاية الضرر بالمرأة، إذ لا يشاء أحد أن يمنعها النكاح بخطبته إلا فعل، والضرر منفيّ شرعًا، وكذلك أن ترك الخاطب الخطبة أو أذن، لحديث عقبة وابن عمر، ولو سكتت فكذلك عند القاضي في المجرد، وابن عقيل.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلّقة ثلاثًا لا نفقة لها: ٤/ ١٩٥ وأخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوته: ١/ ٥٣١، ٥٣٢ والبيهقي في السنن الكبري: ٧/ ١٣٦.

(*) من هنا يبدأ سقط في نسخة «ج» مقداره صفحة تقريبًا.

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب المطلّقة ثلاثًا لا نفقة لها: ٤/ ١٩٦، وأبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة: ١/ ٥٣٢.

وعن القاضي في البكر: سكوتها رضي، وإن لم تعلم الحال فوجهان الجواز، لأن المانع الإجابة ولم تعلم، والمنع لأن المقتضى للمنع قد وجد، والمبيح الإذن أو الترك أو الرد، ولم يعلم واحد منهما.

تنبيهات: أحدها: قوله (وإذا خطب الرجل) يشمل خطبة كل رجل، والمنع مختص بالخطبة على خطبة المسلم، نص عليه أحمد، وهو مقتضى حديث عقبة- ﷺ- وغيره.

والثاني: أناط الخرقي الحكم بالمرأة وهو صحيح إن كانت غير مجبرة، أما إن كانت مجبرة فالعبرة بالوليّ لا بها. وفي الحديث «أن النبي ﷺ خطب عائشة إلى أبي بكر»[1] رواه البخاري. وقالت أم سلمة: «أرسل إلي رسول الله ﷺ يخطبني» رواه مسلم[2] فدل على أن الخطبة المجبرة على وليّها، وخطبة الرشيدة إلى نفسها، وعلى هذا لو رضي الوليّ بالخاطب حرّم على غيره خطبتها، وإن كرهت المرأة، وهذا ظاهر كلام جماعة. وصرح به القاضي في المجرد، وابن عقيل.

وقال أبو محمد في المغني: إذا كرهت المجبرة المجاب واختارت غيره، سقط حكم إجابة وليّها، إذ اختيارها مقدم على اختياره، وإن كرهته ولم تختر سواه. قال: فينبغي أن تسقط الإجابة أيضًا.

الثالث: إذا تزوج من خطب على خطبة أخيه حيث منع، فالمنصوص، وهو اختيار القاضي وابن عقيل وأبي محمد، الصحة، لأن المحرّم لم يقارن.

وقال أبو بكر في البيع على بيع أخيه أنه باطل، وحكاه نصًا عن أحمد، فخرّج ابن عقيل وغيره بطلان النكاح نظرًا للنهي. والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري في فضائل الصحابة (١٦)؛ ومسلم في فضائل الصحابة (٩٥، ٩٦)؛ وأبو داود في النكاح (١٢)؛ وابن ماجه في النكاح (٥٦).

(٢) أخرجه مسلم في الجنائز (٣).

(قال): ولو عرض للمرأة وهي في العدة بأن يقول : إني في مثلك لراغب، وإن قضى شيء كان، وما أشبهه من الكلام مما يدل على رغبته فيها. فلا بأس إذا لم يصرح.

(ش): يباح التعريض بخطبة المعتدة في الجملة، ويحرم التصريح لقوله تعالى: ﴿وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرّاً﴾(1) فنفي سبحانه الحرج عن التعريض، ومفهومه وقوع الحرج على التصريح، وأكد ذلك بقوله سبحانه: ﴿وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرّاً﴾ والسر: الجماع، قال الشافعي وغيره، ولحديث فاطمة المتقدم. فإن النبي ﷺ عرض بخطبتها وهي في العدة.

ويستثنى مما تقدم صاحب العدة فإنه يباح له التصريح والتعريض إن كانت ممن يحل له التزوج بها في العدة، كالرجعية والبائنة بدون الثلاث والمختلعة(2). أما إن لم تحل له كالمزني بها، ومن نكحها في عدة من غيره ووطئها. فقال أبو العباس: ينبغي أن يكون كالأجنبي، ويستثنى من التعريض الرجعية، فإن لا يجوز أن يعرض بخطبتها بلا نزاع لأنها في حكم الزوجة. وكذلك البائنة تباح بعقد في وجه والتعريض ما يفهم منه النكاح مع احتمال غيره، كما مثل الخرقي - رحمه الله - تعالى، وكما جاء في الحديث «لا تسبقينا بنفس، ولا تفوتينا بنفسك»(3) وكما روى البخاري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - في قوله ﴿لا جناح عليكم﴾ الآية، يقول: إني أريد التزويج. ورددت أنه يسر لي امرأة صالحة. وكما روى في قصة

---

(1) الآية ٢٣٥ من سورة البقرة.

(2) لا يحل لأحد غير زوجها التعريض بخطبتها ولا التصريح، لأنها في حكم الزوجات. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٢٥.

(3) أخرجه مسلم في الرضاع (١٠٥) وفي الطلاق (٣٩)؛ وأخرجه ابو داود في الطلاق (٣٩).

سكينة بنت حنظلة - رضي الله عنها- قالت: «أستأذن علي محمد بن عليّ ولم تنقض عدني من مهلكة زوجي. فقال: قد عرفت قرابتي من رسول الله ﷺ، وقرابتي من رسول الله ﷺ، وقرابتي من عليّ، وموضعي من العرب. قلت: غفر الله لك يا أبا جعفر، إنك رجل يؤخذ عنك تخطبني في عدتي. قال: إنما أخبرتك لقرابتي من رسول الله ﷺ ومن عليّ، وقد دخل رسول الله ﷺ على أم سلمة وهي متأيمة من أبي سلمة، فقال: قد علمت أني رسول الله وخيرته من خلقه، وموضعي من قومي كانت تلك خطبته» رواه الدارقطني[1].

والتصريح الذي لا يحتمل غير النكاح، كقوله: إني أريد أن أتزوجك، ونحوه.

تنبيه: حيث حرّم التصريح أو التعريض ففعل ونكح، وذكره القاضي وابن عقيل وأبو محمد، وغيرهم. وهو قياس قول أحمد في الخطبة على خطبة أخية، ويتخرج وجهًا بالبطلان كالوجه في الخطبة. والله اعلم.

﴿باب نكاح أهل الشرك وغيره﴾

(قال):وإذا أَسلم الوثنيُّ وقد تزوَّج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن، بِنَّ منه.

(ش): لعموم قوله تعالى ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾[2] ولأنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح، فإذا وجد قبل الدخول تعلقت به الفرقة في الحال كالردة. وقول الخرقي: «وإذا أسلم

---

(١) الحديث من سنن الدارقطني: كتاب النكاح: ٣/ ٢٢٤.

(٢) الآية ١٠ من سورة الممتحنة.

الوثني» وكذلك كل كافر وإن كان من أهل الكتاب[1] وقوله: (وقد تزوج بأربع) لا مفهوم له، بل لو تزوج بواحدة أو أكثر كان كذلك، وقوله: (وثنيات): وكذلك من في معنا هن كالمجوسيات، أما كنّ كتابيات فإن النكاح لا ينفسح، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

تنبيه: البينونه هنا فسخ لا طلاق، نص عليه أحمد. والله أعلم.

(قال): وكانَ لكل واحدة منهن نصف ما سمّى لها إن كانَ حلالاً، أو نصف صداق مثلها، إن كانَ ما سمّى لها حرامًا.

(ش): إذا بِنَّ منه والحال ما تقدم كان لكل واحدة منهن نصف الصداق[2] على المشهور من الروايتين، والمختار للأصحاب الخرقي وأبي بكر والقاضي وغيرهم، إذ الفرقة حقيقية من جهته، أشبه ما لو طلّقها، والثانية لا شيء لها نظرًا إلى أنه قد فعل الواجب عليه، هي بتأخيرها عن الإسلام كان الفرقة من جهتها، وحذرًا من التنفير عن الإسلام باجتماع فسخ النكاح عليه ووجوب المهر. وعلى المذهب لها نصف المسمى إن كان صحيحًا ونصف مهر مثلها إن كان فاسدًا، وإن لم يكن مسمّى فالمتعة. والله أعلم.

(قال): ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول، بِنَّ منهُ أيضًا.

(ش): لما تقدم فيما إذا أسلم الزوج وحذرًا من إقرار مسلمة تحت مشرك. والله أعلم.

(قال): ولا شيء عليه لواحدة منهن.

---

(١) مثل الكتابيّ بتزوج بوثنية أو مجوسية، ثم أسلم أحدهما، تعجّلت الفرقة بينهما من حين أسلامه. بكون ذلك فسخًا لا طلاقًا. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٣٢).

(٢) الأولى أن يقال نصف المسمّى إن كانت التسمية صحيحة ونصف مهر مثلها إن كانت التسمية فاسدة. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٣٣.

(ش): قطع بهذا(•) جمهور الأصحاب، ونص عليه أحمد معلّلاً بأن الفرقة جاءت من جهتها. ونقل أبو محمد عن أحمد رواية أخرى، وزعم أنها اختيار أبي بكر أن لها نصف المهر نظرًا إلى أن الفرقة جاءت من قبل الزوج بتأخيره عن الإسلام. والمنقول عن أحمد في رواية الأثرم التوقف. والله أعلم.

(قال): فإن كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول معًا فهنّ زوجات.

(ش): لأن المحذور وهو اختلاف الدين منتفٍ، وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - : (إن رجلاً جاء مسلمًا على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده، فقال يارسول الله: إنها قد كانت أسلمت معي فردّها عليه)(1) رواه أبو داود والترمذي وصحّحه.

والمعّية: أن يتلفظا بالإسلام دفعة واحدة على ظاهر كلام الخرقي وغيره، وصرح به أبو محمد وحكى احتمالاً بأن المعّية أن يسلم المتأخر منهما في المجلس، نظرًا إلى أن حكم المجلس حكم العقد، بدليل القبض ونحوه. واختار أبو العباس أن المعيّة أن يشرع الثاني قبل أن يفرغ الأول. والله أعلم.

(قال): فإن كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم يسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرّمت عليه منذ اختلف الدينان.

(ش): هذا هو المشهور من الروايات.

قال أبو بكر: رواه عنه نحو من خمسين رجلاً.

والمختار لعامة الأصحاب الخرقي والقاضي وأصحابة والشيخان وغير واحد، لما روى الزهري: (إن نساء كن في عهد رسول الله ﷺ يسلمن بأرضهن وهنّ غير مهاجرات وأزواجهن حين أسلمن كفّار، منهن بنت الوليد بن

(•) إلى هنا انتهى السقط من نسخة «ج»

(1) أخرجه أبو داود فى الطلاق (٢٣)؛ والترميذي في النكاح (٤٣).

المغيرة، وكانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح، وهرب صفوان من الإسلام، فبعث إليه رسول الله ﷺ ابن عمه وهب به عمير برداء رسول الله ﷺ أمانًا لصفوان، ودعاه رسول الله ﷺ إلى الإسلام، وأن يقدم عليه، فإن رضي أمرًا قبله، وإلا سيره شهرين، فلما قدم صفوان على رسول الله ﷺ بردائه ناداه على رؤوس الناس، فقال: يا محمد، هذا وهب بن عمير جاءني بردائك وزعم أنك دعوتني إلى القدوم عليك فإن رضيت أمرًا قبلته، وإلا سيّرتني شهرين، فقال رسول الله ﷺ: إنزل أبا وهب. فقال: والله لا أنزل حتى تبّين لي. فقال رسول الله ﷺ قبل هوزان بحنين فأرسل إلى صفوان يستعير أداة وسلاحًا عنده. فقال صفوان: أطوعًا أم كرهًا؟ فقال: بل طوعًا. فأعاره الأداة والسلاح التي عنده، ثم رجع مع رسول الله ﷺ وهو كافر، فشهد حنينًا والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة ولم يفّرق رسول الله ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح)[1].

قال ابن شهاب: (كان بين إسلام صفوان وإسلام امرأته نحو من شهر). وعنه أيضًا: (أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام وكانت تحت عكرمة ابن أبي جهل أسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها عكرمة من الإسلام، حتى قدم اليمن، فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم، وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح، فلمّا رآه رسول الله ﷺ وثب إليه فرحًا وما عليه رداء، حتى بايعه، فثبتا على نكاحهما) رواه مالك في الموطأ[2].

(١) أخرجه الإمام مالك، أنظر: أوجز المسالك إلى موطأ مالك، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله: ٩/ ٤١٧، ٤٢٠.
(٢) المرجع السابق: ٩/ ٤٢٩، ٤٣٠.

وهذان وإن كانا قضية في عين فيحملان على ما بعد العدة إذ الظاهر ذلك، ولأن في حديث الزهري، ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله وإلى رسول وزوجها كافر مقيم بدار الحرب إلاّ فرّقت هجرتها بينها وبين زوجها إلاّ أن يقدم زوجها مهاجرًا قبل أن تنقضي عدتها.

وقال ابن شبرمة: كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته، فإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما. وخرج ما قبل الدخول لعدم العدة.

فإن قيل: فقد روى ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «رد رسول الله ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بالنكاح الأول بعد ست سنين ولم يحدث شيئًا»[1] رواه أبو داود والترمذي وقال: ليس بإسناده بأس، وابن ماجه وقال: بعد سنتين). وكذلك قال أبو داود في رواية أخرى، وصححه الحاكم وغيره.

قيل: قد أجيب عنه بأجوبة.

منها: بالطعن فيه، فإنه من رواية داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس، وهو نسخة ضعّف أمرها عليّ بن المديني وغيره.

وقال أحمد في رواية أبي طالب: ما أراه يصحّ يختلفون فيه، ويؤيد ذلك ما روى، عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: (أن النبي ﷺ ردّ ابنته إلى أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد) رواه الترمذي وغيره.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها: ١/ ٥١٩؛ والترمذي في صحيحه، أبواب النكاح: ٥/ ٨٢؛ وابن ماجه في كتاب النكاح: ١/ ٦٤٧.

لكن أهل العلم بالحديث على أن حديث ابن عباس أصحّ. قال أحمد: (روى أن النبي ﷺ ردّ ابنته بالنكاح الأول) فقيل له: يروى أنه ردّها بنكاح مستأنف. قال: ليس لذلك أصل.

وقال البخاري: حديث ابن عباس أصحّ من حديث عمرو بن شعيب.

وقال الدارقطني: حديث عمرو هذا لا يثبت، والصواب حديث ابن عباس.

الثاني: وهو الذي اعتمده الخطابي وغيره أنها قضية عين، فيحتمل أنها بقيت في عدتها بأن كانت حاملاً أو ارتفع حيضها برضاع ونحوه.

الثالث: دعوى نسخة بأنه كان قبل نزول تحريم المسلمات على الكفّار.

والرواية الثانية ينفسخ النكاح في الحال كما قبل الدخول، اختارها الخلاّل وصاحبه لقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[1].

والدليل منها من أوجه.

أحدها: عموم ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾.

الثاني: قوله تعالى ﴿وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا﴾ فأمر بردّ المهر، ولو لم تقع الفرقة باختلاف الدين لما أمر بردّ المهر.

الثالث: قوله: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ فأباح سبحانه نكاحهنّ على الإطلاق.

الرابع: قوله تعالى: ﴿لَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ وعلى هذا فما تقدم يكون منسوخًا بهذه الآية الكريمة.

---

(١) الآية ١٠ من سورة الممتحنة.

وأجيب عن الأول: بان المراد في حال كفرهم، بدليل: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ وعن الثاني: بأنه كان يجب دفع المهر إلى الزوج إذا جاء وإن كان قبل انقضاء عدتها لانتفاء ردّها إليه، فإن أسلم قبل انقضائها سقط وجوب المهر ووجب تسليمها إليه ثم نسخ وجوب دفع المهر إليه. وعن الثالث: بأنه محمول على ما بعد العدة. وكذا الجواب عن الرابع، جميعًا بين الأدلّة.

والرواية الثالثة: الوقف بإسلام الكتابية والإنفساخ بغيرها.

والرواية الرابعة: الوقف. قال: أحب إلى الوقف عندنا.

وقيل عنه ما يدل على خامسة وهو الأخذ بظاهر حديث زينب، وأنها تردّ ولو بعد العدة. وظاهر كلام الخرقي أن الفرقة حيث تقع، تقع في الحال، ولا يحتاج إلى حاكم ولا إلى عرض الزوج على الإسلام. ونص عليه أحمد والأصحاب. وظاهر كلامه أيضًا أنه لا فرق في هذا الحكم بين دار الحرب ودار الإسلام. ونص عليه أحمد والأصحاب. وقد روى: (أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران ثم أسلمت امرأته بمكة، فأقدّهما النبي ﷺ عن نكاحهما)[1] والله أعلم.

(قال): ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة، ثم أصابهن، ثم أسلم، ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها، أمسك أربعًا منهن وفارق ما سواهن، سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن.

(ش): الأصل في هذا ما روى الحارث بن قيس الأسدى، أو قيس بن الحارث قال: (أسلمت وعندي ثمان نسوة، فذكرت ذلك للنبي ﷺ. فقال النبي ﷺ: اختر منهن أربعًا)[2] رواه أبو داود وابن ماجه، وقد ضعّف من قبل محمد بن

(١) أخرجه أبو داود في الإمارة (٢٥).

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٥)؛ وابن ماجه في النكاح (٤٠).

عبد الرحمن بن أبي ليلى، وعن عبد الله بن عمر: (أن غيلان ابن سلمة أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمهن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخيّر أربعًا منهن)[1] رواه الترمذي وابن ماجه. وهذا وإن كان مرسلاً على الصحيح عند الأئمة قاله الإمام أحمد والبخاري وغيرهم، إلا فصار حجة بالاتفاق، ولهذا احتج به أحمد في رواية أبي الحارث وتأويله بأن اختر، بمعنى اختر أربعًا تعقد عليهن عقداً جديدًا مردود بأن في الدارقطني: (أمسك منهن أربعًا) والإمساك إنما هو بالعقد الأول كما في قوله سبحانه: ﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾[2] ثم إن تجديد العقد ليس إليه.

والشارع قد فوّض الاختيار إليه، وحمله على أنه تزوجهن في عقود وأنه يختار الأوائل بعيد من اللفظ جدًا، ثم في بعض روايات حديث ابن عمر أن رجلاً قال: «يا رسول الله ما ترى في من أسلم وله عشرة نسوة؟ قال: يتخير منهن أربعًا» وهذا يخرج الحديث عن أن يكون واقعة عين[3]. وقول الخرقي:(نكح أكثر من أربع بيان صورة المسألة إذ لو نكح أربع فما دون، والحال ما تقدم ثبت نكاحهن. وقوله: (في عقد واحد أو في عقود متفرقة) يحترز به عن مذهب الحنيفة، إذ عندهم أنهم إن كانوا في عقد واحد انفسخ نكاحهن، وإن كانوا في عقود صح نكاح الأوائل. وقوله: (ثم أصابهن) لأنه لو لم يصبهن انفسخ والخرقي إنما صوّر المسألة فيما إذا وقع إسلامهن بعد إسلامه. وقوله ثم أسلم، ثم أسلمت كلّ واحدة منهن يحترز به عما إذا أسلم أربع منهن فما دون

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (٣٣)؛ وابن ماجه في النكاح (٤٠)؛ والإمام أحمد في (٢:٨٣).
(٢) الآية ٣٧ من سورة الأحزاب.
(٣) صفة الاختيار: أن يقول: اخترت نكاح هؤلاء. أو أمسكتهن. أو اخترت حبسهن أو إمساكهن. أو نكاحهن. ونحوه. أو يقول: تركت هؤلاء. أو فسخت نكاحهن أو اخترت مفارقتهن. ونحوه وإن لم يختر أجبر على الاختيار بحبس وتعزيز. (الإنصاف: ٨/ ٢١٩).

فإنه لا تخيّر، وقوله في عدتهن يحترز به عما إذا تأخر إسلامهن عن العدة، فإن نكاحهن. ينفسخ كما تقدم ولا تخير.

وقوله «أمسك أربعًا منهن وفارق سائرهن» هذا هو الحكم وهو واجب عليه إن اختار البقاء على النكاح، وإن اختار ترك نكاح الجميع فله ذلك لكن يكون في أربع بطلاق، لأنهن زوجات، وفي الباقيات فسخ. وقوله: «سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن» هو من تمام الاحتراز عن مذهب الحنفية.

والضمير في نكح، وفي الأربع، يرجع إلى الوثني أي ولو نكح الوثني أكثر من أربع وثنّيات فلا يرد عليه إذا أسلم زوج الكتابيات، فإنه يتخّير منهن، ولا يشترط إسلامهن.

تنبيهات: إحداها: عموم كلام الخرقي يشمل ما إذا كان محرمًا. وقاله أبو محمد وقال القاضي: لا يختار والحال هذه ويشبه هذا الارتجاع في الإحرام.

الثاني: لو أسلمت المرأة ولها زوجان أو أكثر تزوّجاها في عقد واحد لم يكن لها تختار أحدهما. ذكره القاضي وغيره محل وفاق، لأن البضع حصل بينهما مشتركًا بخلاف ما تقدم، فإن الزوج ملك بضع كل واحدة.

الثالث: صفة الاختيار والفراق، وضابطه أن كل لفظ دل على الاختيار فهو اختيار، وكل لفظ دل على الفراق فهو فراق، ومثاله أن يقول لأربع من ثمان مثلاً: أمسكت هؤلاء واخترتهن أو رضيتهن، ونحو ذلك. أو يقول: تركت هؤلاء الأربع، أو فسخت نكاحهن، فيثبت نكاح الآخر، فإن طلّق إحداهن كن اختيارًا إذ الطلاق لا يكون إلا في زوجته. وكذلك لو أتى بلفظ الطلاق أو السراح ناويًا به الطلاق [وإن أطلق فاحتمالان مبنّيان][1]، والله أعلم على أنهما هل هما صريحان في الطلاق أم لا، وكذلك لو وطئ على المذهب لتضمّنه الرضا

---

(١) في نسخة «أ» «أم لا، وكذلك لوطئ المذهب وإن والله أعلم» والصحيح ما أثبتاه وهو من نسخة "ج" حيث إن ما ورد في نسخة «أ» ركيك لا يستقم معه معنى.

بالموطوءة، ووقع للقاضي في التعليق في باب الرجعة أو لا يكون اختيارًا وإن ظاهرًا وإلا من أحدهما، فوجهان.

أشهرها لا يكون اختيار لصحته في غير زوجته.

والثاني يكون اختيارًا، لأن حكمه لا يترتب إلا زوجته. والله أعلم.

(قال): ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة.

(ش): لما روى فيروز الديلمي عن أبيه - رضي الله عنهما - قال: «قلت: يارسول الله إني أسلمت وتحتي أختان: فقال رسول الله ﷺ: طلّق أيتهما شئت»[1] رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي وحسّنه، ولفظه: (اختر أيتها شئت) وصحّحه البيهقي، وكذلك الحكم فيمن يحرّم الجمع بينهما كالمرأة وعمتها ونحو ذلك.

وشرط الاختيار أن تكونا كتابيتين أو غيرهما، ويسلما معه أو بعده في العدة إن كانت في عدة على المذهب، أما إن لم تكن عدة كقبل الدخول، فإن نكاحها ينفسخ، فإن أسلمت إحداهما دون الأخرى فقبل الدخول ثبت نكاح المسلمة ويزول نكاح المشركة إن لم تكن كتابية، فإن كانت كتابية فكذلك على ما أورده ابن حمدان مذهبًا. وقيل يخيّر. وهو القياس، وبعد الدخول كذلك على رواية.

وعلى المشهور يقف الفسخ على انقضاء العدة، فإن أسلمت الأخرى فيها خير وإلا انفسخ نكاحها[2]. والله أعلم.

(قال): ولو كانتا أمًا وبنتًا فأسلم وأسلمتا معًا قبل الدخول فسد نكاح الأم وإن كان دخل بالأم فسد نكاحها.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٥)؛ وابن ماجه في النكاح (٣٩)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٤٦، ٤٤٧ وفي ٤/ ٢٣٢؛ والترمذي في النكاح (٣٤) وفي التفسير (٢؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح ٧/ ١٨٤.

(٢) وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه، فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضي عدة أختها، وكي يكون واطئًا لإحدى الأختين في عدة الأخرى. (المغني والشرح الكبير: ٧/٥٤٨.

(ش): إذا أسلم وتحته اثنتان إحداهما أمّ الأخرى فأسلمتا معًا قبل الدخول بالأم فسد نكاح الأم لأنها أمّ معقود على ابنتها فتدخل تحت قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[1] وأنكحة الكفّار صحيحة أو في حكم الصحيحة، وإن كان قد دخل بالأم فسد نكاحها لأنها إذن ربيبة مدخول بأمها، فتدخل تحت قوله تعالى ﴿وربائبكم﴾ الآية. ولو لم يسلم إلا إحداهما فكذلك إن كانت المسلمة الأم فسد نكاحها، وكذلك إن كانت البنت قد دخل بأمها وإلا ثبت نكاحها. والله أعلم.

(قال): ولو أسلم عبد وتحته زوجتان وقد دخل بهما، فأسلمتا في العدة فهما زوجتاه ولو كنّ أكثر اختار منهن اثنتين.

(ش): إذا أسلم عبد وتحته زوجتان مدخول بهما فأسلمتا في العدة ثبت نكاحهما لأن له والحال هذه ابتداء نكاحهما فكذلك استدامته وسواء كانتا حرّتين أو أمتين أو مختلفتين. نعم هل للحرّة والحال هذه خيار الفسخ. قال القاضي في المجرد وابن عقيل المذهب لا، واختاره أبو محمد لأنها وضيت به كذلك. وجعله القاضي في الجامع كالعيب الحادث نظرًا بأن الرق وإن كان عيبًا لكن لا يؤثر في الكفر إنما يؤثر ما ليس بنقص في الكفر في الإسلام وإن كنّ أكثر من اثنتين فأسلمن في العدة لم يكن له أن يختار أكثر من اثنتين كابتداء النكاح، وله أن يختار، وله حرّة وأمة على الصحيح.

(قال): وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته.

(ش): لأنه والحال هذه يجوز له ابتداء نكاحها، فكان له استدامته مع أن هذا قد حكاه أحمد وابن عبد البر وغيرهما إجماعًا. والله أعلم.

---

(١) الآية ٢٣ من سورة النساء.

(قال): وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها.

(ش): أما الفسخ فلأن المسلمة لا تقر تحت مشرك، وأما عدم المهر فلأن الفرقة جاءت من قبلها، وقد تقدم حكاية رواية أخرى أن لها نصف المهر ولو كان إسلامها والحال هذه بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة على المذهب فإن أسلم فيها وإلا انفسخ النكاح ولو أسلما معًا فالنكاح بحاله. والله أعلم.

(قال): وما سمّى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلمت فليس لها غيره، وإن كان حرامًا، ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصف مهر مثلها حيث أوجب ذلك.

(ش): إذا سمّى الكافران تسمية فاسدة فقبضتها المرأة فلا شيء لها سواها لوقوعها الموقع بالقبض بدليل قوله سبحانه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾[1] أمر سبحانه بترك ما بقي دون ما قبض، وقال تعالى: ﴿فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ﴾[2] والحكمة في ذلك، والله أعلم، أن إبطال ما قبض يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفهم في الحرام، ولما في ذلك من التنفير عن الإسلام، وكذلك لا يجب عليهم قضاء الفرائض ونحوها[3]، وإن لم تقبضه المرأة فلها عليه مهر مثلها أو نصف مهر مثلها حيث أوجب ذلك على المذهب عند الأصحاب بلا ريب، لأن الممضى للتسمية الفاسدة القبض ولم يوجد، والقاعدة أن التسمية إذا كانت فاسدة

---

(١) الآية ٢٧٨ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٣) ولأنها تقابضا بحكم الشرك. فبرئت ذمة من هو عليه منه، كما لو تبايعنا بيعًا فاسدًا وتقابضا. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٥٨.

وجب مهر المثل إن دخل بها، أو نصفه إن لم يدخل بها. وخرّج القاضي في تعليقه رواية أخرى في الخمر والخنزير، أن لاشيء لها في معّينة لأنه قد تعذر تسليمه وخرج عن كونه مالاً بالإسلام، ومن أصلنا أن المعّين إذا تلف قبل قبضه سقط، وأن لها في غير المعّين قيمته لأن أحمد قال رواية الميموني: في عاشر المسلمين، يقوم الخمر عليهم ويأخذ العشر من ثمنها. انتهى.

ونقل عنه ابن منصور في نصرانيّ تزّوج نصرانية على قلّة خمر، ثم أسلما، فإن دخل بها فهو جائز، وإن لم يدخل بها فلها صداق مثلها. فظاهر هذا إن قبل الدخول تحت صداق المثل بكل حال، وإن قبضت المحّرم. قال أبو العباس: وهو قويّ إذا تقابض الكفّار إنما يمضي على المشهور إذا وجد عن الطرفين، وهنا الْبُطْعِ لم يقبض، وقد تضمّن كلام الخرقي أن التسمية الصحيحة تمضي بكل حال. وهو واضح. والله أعلم.

(قال): ولو تزوّجها وهما مسلمان فارتدّت قبل الدخول انفسخ النكاح، ولا مهر لها.

(ش):أما فسخ النكاح فلأن المسلم لا يتزوج مرتدّة فلا يستديم نكاحها ولا عدة تنتظر، أما عدم المهر فلأن الفرقة جاءت من قبلها.

(قال): ولو كان هو المرتّد قبلها فكذلك، إلا أن عليه نصف المهر.

(ش): يعني ينفسخ النكاح لما تقدم ولظاهر قوله:﴿لَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[1] ونحوه وعليه نصف المهر لوجود الفرقة من جهته.

(قال): ولو كانت ردّتها بعد الدخول فلا نفقةلها.

(ش): لأنه قد امتنع بردّتها من الاستمتاع، فلا يجب لها النفقة كالناشر.

---

(١) الآية ١٠ من سورة المتحنة.

(قال): وإن لم تسلم في عدتها انفسخ النكاح.

(ش): لا إشكال في ذلك كما تقدم، أما إذا أسلمت في عدتها فمفهوم كلامه ثبوت النكاح، وهو بناء على مختار من القول بالوقف، وعلى الرواية الأخرى لا وقف، فينفسخ النكاح حين ارتدادها وقد تقدم توجيه الروايتين. والله أعلم.

(قال): ولو كان هو المرتّد بعد الدخول فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان.

(ش): حكم الرجل في ارتداده بعد الدخول حكم المرأة في فسخ النكاح وعدمه أما في النفقة فتجب، ولهذا سكت عنها الخرقي [1]، ونفاها فيما إذا كانت هى المرتدّة لأن التسليم منها موجود والامتناع من جهته بارتداده.

تنبيه: لم يتعرض الخرقي لما إذا ارتدّا معًا، والحكم أن النكاح ينفسخ إن كان قبل الدخول، إذ كل حكم تعلّق بردّة أحدهما تعلّق بردّة غيره معه أصله استباحه دمه وماله، ولأن الإنشاء والحال هذه لا يجوز، فكذلك الاستدامة، ويقف على انقضاء العدة إن كان بعد الدخول على المشهور من الروايتين. وهو يجب نصف المهر إن كانت الردة قبل الدخول فيه وجهان، إذ الفرقة منهما فهو كتلاعنهما ونحوه، وتجب النفقة مع الوقف لأنها كانت واجبة، ولم تنفرد المرأة بما يسقطها، والله أعلم.

(قال):وإذا زوّجه ولّيته على أن يزوّجه الآخر ولّيته فلا نكاح بينهما، وإن سمّوا مع ذلك صداقًا.

---

(١) وبسط القول في النفقة:
إن قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لأنها بائن منه، وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقه لها، لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها، فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة. وإن كان هو المرتدّ فعليه النفقة للعدة، لأن بسبيل من الاستمتاع بها، بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها. فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعيه. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٦٤).

(ش): إذا زوّجه وليّته على أن يزوّجه الآخر وليّته، فلا يخلو: إما أن يسمّوا مع ذلك صداقًا، أو لا، فإن لم يسمّوا مع ذلك صداقًا فلا خلاف عن أحمد نعلمه، ولا نزاع بين الأصحاب في بطلان النكاح لما روى نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - : «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوّج الرجل ابنته على أن يزوّجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق»[1]. رواه الجماعة، لكن الترمذي لم يذكر تفسير الشغار، وأبو داود جعله من كلام نافع، وهو كذلك في رواية متفق عليها، فعن ابن عمر أيضًا: «أن النبي ﷺ قال: لا شغار في الإسلام»[2] رواه مسلم، وروى نحوه من حديث عمران بن حصين، وأنس، وجابر بن عبد الله، وغيرهم. والنهي يدل على فساد المنهيّ عنه والنفي لنفي الحقيقة الشرعية، ويؤيد ذلك فعل الصحابة. قال أحمد - رحمه الله - : روى عن عمر، وزيد، أنهما فرّقا فيه. وكذلك معاوية أمر بذلك. وخرّج أبو الخطاب في هدايته ومن تبعه رواية ببطلان الشرط وصحة العقد من نصه في رواية الأثرم: إذا تزوجها بشرط الخيار، أو إن جاءها بالمهر في وقت كذا، وإلا فلا نكاح، إن النكاح جائز والشرط باطل، إذ فساد التسمية لا يوجب فساد العقد، كما لو تزوجها على الخمر أو الخنزير، فعلى هذا يجب مهر المثل. انتهى.

وإن سمّوا مع ذلك صداقًا فالمنصوص عن أحمد - رحمه الله - الصحة، وعليه عامة الأصحاب، لما تقدم من حديث ابن عمر، إذ هذا التفسير إن كان من الرسول فواضح، وإن كان من نافع فهو راوي الحديث، وقد فسره بما لا يخالف ظاهره فيتبع.

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح (٢٨)؛ ومسلم في النكاح (٥٧،٦١)؛ وابن ماجه في النكاح (١٦)؛ والدرامي في النكاح (٩)؛ والإمام مالك في النكاح (٢٤)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٦٢.

(٢) أخرجه مسلم في النكاح (٦٠)؛ والنسائي في النكاح (٦٠) وفي الخيل (١٥،١٦)؛ وابن ماجه في النكاح (١٦)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٣٥، ٩١، ٢١٥، ٢١٦ وفي ٣/ ١٦٢، ١٦٥، ١٩٧ وفي ٤/ ٤٢٩، ٤٣٩، ٤٤١،٤٤٣ .

وقد روى البيهقي [1] عن جابر، عن ابن الزبير قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار، والشغار أن تنكح هذه بهذه بغير صداق، بضع هذه صداق هذه، وبضع هذه صداق هذه».

وقال الخرقي وأبو بكر في الخلاف: لا يصحّ أيضًا. وحكاه في الجامع رواية لما روى عبد الرحمن بن هرمز الأعرج: «أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته، وأنكحه عبد الرحمن ابنته، وقد كانا جعلا صداقًا، وقال فكتب معاوية بن أبي سفيان إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما. وقال في كتابه: «هذا الشغار نهى عنه رسول الله ﷺ»» [2] رواه أحمد وأبو داود.

وأجيب بأن أحمد ضعّفه من قبل رواية ابن اسحاق، وبأنه يحمل على أنهما كانا جعلا مهرًا قليلاً جدًا.

وحكى أبو البركات قولاً ثالثًا، وصححه أنه قيل فيه: «وبضع واحدة منها بضع الأخرى» لم يصح للتصريح بالتشريك المقتضى للبطلان، وإلا صح، لأن غايته شرط فاسد فيفسد ويصح النكاح.

وقد ذكر أن ابن عمر فسّر الشغار بأن يقول وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى. ولكن هذا التفسير لا يعرف في الصحاح، ولا في السنن.

واعلم أن أبا محمد قال تبعًا للقاضي في الجامع الكبير والمجرد، ولأن ابن عقيل قال: إنه متى صرح بالتشريك لا يصحّ النكاح قولاً واحدًا فهذه الصورة عندهم مخرجه من محل الخلاف.

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب الشغار: ٧/ ٢٠٠.

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح (١٤)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٩٤.

تنبيه: سُمّي هذا النكاح نكاح الشغار، قيل لقبحه تشبيهًا برفع الكلب رجله ليبول في القبح. يقال: شغر الكلب إذا فعل ذلك. وهذا قول ابن الأعرابي. وعن الأصمعي:الشغار الرفع، كأن كل واحد رفع رجله للآخر عما يريد.

وقيل: لا ترفع رجل بنتي ما لم أرفع رجل ابنتك.

وقيل: الشغار، العبد، كأنه بعد عن طريق الحق.

وقال أبو العباس: الأظهر أنه الخلوّ، يقال: شغر المكان إذا خلا، ومكان شاغر، أي خال، وشغر الكلب إذا رفع رجله، لأنه أخلى ذلك المكان من رجله، وهذا هو العلّة عنده في بطلان الشغار، وأيضًا قال: لا يعقل له علّة مستقيمة إلا إشغاره عن المهر. قال: وهو الذي يدل عليه قول أحمد، وقدماء أصحابه كالخلاّل وصاحبه[1] وقد فسّره أحمد بأنه: فرج بفرج، فالفرج كما أنها لا توهب ولا تورث بنص القرآن فلأن لا يعاوض بضع أولى، وأورد على هذا بأنه إذن ينبغي أن يصحّ ويجب مهر المثل، كما لو سمّيا فاسدًا.

وأجيب: إذا رضيا بنكاح لا مهر فيه فما قصداه لم يبحه الشارع، وما أباحه الشارع لم يقصداه. أما إذا سمّيا فاسدًا فقد قصد المهر. وأورد أيضًا تزويج النبيﷺ بغير مهر، وتزويج الرجل ابنته، والتفويض لا يسمّى شغارًا.

وأجيب: بأن الشغار فعال: فيكون من الطرفين أي إخلاء بإخلاء بضع ببضع وهذا منتفٍ في هذه المواضع. وعلّل القاضي البطلان وجماعة من أصحابه بالتشريك في البضع، إذا المرأة تملك الصداق، والزوج يملك بضع المرأة، فكان بضع كل واحدة منها مشتركًا بين الزوج والمرأة. وردّ بأن هذا ليس هو المقصود قطعًا، وإنما كل من المرأتين وضيت بأن الزوج يستبيح بضعها بلا مهرٍ لها، بل يكون لوليّها وهو بضع الأخرى.

---

(١) بل إن فساده من جهة أنه وقفة على شرط فاسد، أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج، فإنه جعل تزويجه إياها مهر للأخرى، فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٦٨).

وعلّل القاضي أيضًا البطلان، وأبو محمد، فإنه جعل لكل واحد من العقدين سلفًا في الآخر فلم يصحّ، كبعتك ثوبي بمائة على أن تبيعي ثوبك بمائة.

وأبو الخطاب جعله من تعليق كل من النكاحين بالآخر وتعليق النكاح بالشرط لا يصح وعلّله القاضي أيضًا وأبو الخطاب بأنه عقد حصل على وجه جعل المستباح فيه مهرًا، فلم يصحّ دليله، كما إذا تزوج عبده حرّة فجعل رقبته صداقها لأن ما استباحته من الزوج جعل مهرًا، فكذلك هنا ما استباح الزوج من الزوجة جعل مهرًا. وقيل غير ذلك. وجميعها مستدرك له والله أعلم.

(قال): ولا يجوز نكاح المتعة.

(ش): نكاح المتعة أن يتزوج امرأة إلى مدة فإذا انقضت زال النكاح سواء كانت المدة معلومة كشهر ونحوه، أو مجهولة كنزول المطر ونحوه. سواء وقع بالفظ النكاح، وبوليّ وشاهدين أم لا.

والمذهب المنصوص المختار للأصحاب بلا ريب بطلانه لما روي عن عليّ -رضي الله عنه- : «أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر» وفي رواية: نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأهلية»[1] متفق عليهما. وعن سلمة بن الأكوع -رضي الله عنه- قال: «رخص لنا رسول الله ﷺ في

(١) أخرجه البخاري في المغازي (٣٨) في الذبائح (٢٨) وفي النكاح (٣١)؛ وأخرجه مسلم في النكاح (٣٠،٢٥ ، ٣٢) وفي الصيد (٢٣)؛ أخرجه الترمذي في النكاح (٢٨) وفي الأطعمة (٦)؛ وأخرجه النسائي في النكاح (٧١) في الصيد (٣١)؛ وابن ماجه في النكاح (٤٤)؛ والدارمي في الأضاحي (٢١٢) وفي النكاح (٤١)؛ والإمام أحمد في ١/ ٧٨ وفي ٣/ ٤٠٤، ٤٠٥.

متعة النساء عام أوطاس ثلاثة أيام، ثم نهى عنها»[1] وعن سبرة الجهني -ﷺ-: «أنه غزا مع النبي ﷺ فتح مكة قال: فأقمنا بها خمسة عشر، فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء» وذكر الحديث إلى أن قال: «فلم أخرج حتى حرّمها رسول الله ﷺ» وفي رواية: «أن النبي ﷺ قال: يأيها الناس: إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرّم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخلّ سبيله، ولا تأخذوا مما أتيتموهن شيئًا»[2] رواه أحمد ومسلم في رواية لأحمد وأبي داود عن سبرة: «أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة». والنهي يدل على فساد المنهيّ عنه، لا سيما وقد عضده أمره ﷺ بالتخلية، والاستدامة أسهل من الابتداء، ولأن الأحكام المختصة بالنكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث وغير ذلك لا تتعلق به، فدلّ على أنه ليس بنكاح، إذ هي لازمة للنكاح الصحيح. وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم.

وسأل ابن منصور الإمام أحمد عن متعة النساء، يقول إنها حرام. فقال: يجتنبها أحبّ إليّ. فأثبت ذلك أبو بكر في الخلاف رواية، وأبي ذلك القاضي في خلافه، وكذلك أبو الخطاب حاملاً لها على أنه سئل: هل للعامّيّ أن يقلّد من يفتي بمتعة النساء. فقال: لا، يجتنبها أحبّ إليّ. أي الأولى أن لا يقلد. وكذلك ابن عقيل مدّعيًا أن أحمد رجع عنها، وأبو العباس يقول: توقف عن لفظ الحرام، ولم ينفعه، وبالجملة قد استدل لهذه الرواية بقوله: ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[3] فعن ابن مسعود أنه قرأ: ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ

---

(١) أخرجه مسلم في النكاح(١٨)؛ والإمام أحمد في١/ ١٤٢ وفي٤/ ٥٥.

(٢) أخرجه مسلم في النكاح(١٤، ١٩، ٢٠)؛ والنسائي في النكاح(٧١)؛ وابن ماجه في النكاح(٤٤)؛ والإمام أحمد في(٣/ ٤٠٥).

(٣) الآية ٢٤ من سورة النساء.

فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ فعن ابن مسعود - ﷺ- قال: «كنا نغزو مع النبي ﷺ ليس معنا نساء. فقلنا: ألا نستخصي، فنهانا عن ذلك، ثم رخّص لنا بعد أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل. ثم قرأ عبد الله: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ(*) لاَ تُحَرِّمُواْ طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكُمْ﴾(1) الآية»(2) متفق عليه. وعن جابر - ﷺ- قال: «كنا نستمتع بالقُبْضَة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، حتى نهى عنه عمر في شأن عمرو بن حريث»(3) رواه مسلم.

وأجيب عن الآية بمنع ثبوت قراءة ابن مسعود ثم نسخ الجميع بدليل ما تقدم.

وقد روى ابن عدي عن مؤمل بن إسماعيل، قال: ثنا عكرمة بن عمار، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري، عن أبي هريرة - ﷺ- : «أن سول الله ﷺ قال: هدم المتعة الطلاق والعدة والميراث» قال عبد الحق وعكرمة: إنما يضعف حديثه عن يحيي بن أبي كثير.

تنبيهان: أحدهما: قد تقدم في بعض الأحاديث أن النهي كان يوم خيبر وفي بعضها عام الفتح.

وأجيب عن ذلك بأجوبة.

(*) من هنا وقع سقط في نسخة «ج» مقداره صفحة من المخطوط تقريباً.

(١) الآية ٨٧ من سورة المائدة.

(٢) أخرجه البخاري في تفسير سورة (٥) (٩) وفي النكاح (٨)؛ وأخرجه مسلم في النكاح (١١)؛ والإمام أحمد في ١/ ٤٢٠، ٤٣٢ وفي ٣/ ٢٢.

(٣) أخرجه مسلم في النكاح (١٦)؛ وأبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب قلّة المهر: ١/ ٤٨٦. ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهر: ٧/ ٢٣٧، ٣٢٨.

أحدهما: أن في حديث عليّ تقديمًا وتأخيرًا، وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر، ونهى عن متعة النساء. ولم يذكر زمن النهي. وقد جاء في بعض طرق الحديث أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر. ذكره قاسم بن اصبع. وقال قال سفيان بن عيينة: يعني أنه نهى عن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر لا عن نكاح المتعة.

الثاني: أن النهي قد وقع عنها يوم خيبر وعام الفتح جميعًا، فسمعه بعض عام الفتح، وبعض زمن خيبر. وردّ بأنه أذن عام الفتح. نعم هذا إيجاب به عن النهي عام الفتح، وعام حجة الوداع.

الثالث: حمل ذلك على ظاهره، وأنها كانت مباحة ثم نسخت يوم خيبر ثم أبيحت ثم حرّمت عام الفتح. قال الشافعي: لا أعلم شيئًا احلّه الله ثم حرّمه ثم أحلّه ثم حرّمه إلا المتعة.

الثاني: هل يجب الحل فيها يتلخص للأصحاب فيها وجهان. والله أعلم.

(قال): ولو تزوجها على أن يطلّقها وفي وقت معّين بعينه لم ينعقد النكاح.

(ش): لأنه شبيه بالمتعة، والشبيه بالشيء يعطى حكمة[1] بيان الشبه، أنه ألزم نفسه فراقها في وقت بعينه، والمتعة النكاح يزول فيها في وقت بعينه.

قال أحمد في رواية أبي داود: إذا تزوجها على أن يحملها إلى خراسان، ومن رأية إذا حملها خلّى سبيلها. قال: لا هذا لشبه المتعة حتى يتزوجها ما حييت، وفي هذا النص إشعار بتعليل آخر، وهو أن وضع النكاح الدوام، وهذا الشرط ينافيه، وأن النية كافية في المنع.

وقال أيضًا في رواية عبد الله: إذا تزوجها من نّيته أن يطلّقها أكرهه، هذه متعة، وعلى هذا جمهور الأصحاب: القاضي في خلافه، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي لما علل به أحمد، من أن هذا في معنى المتعة.

(١) لأن هذا الشرط مانع من بقاء النكاح، فأشبه نكاح المتعة. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٧٤).

وجزم أبو محمد في مغنية بالصحة، وقيل إنه لا بأس به، كما لو نوى أن وافقته وإلا طلّقها. قال أبو العباس: ولم أر أحدًا من الأصحاب صرّح أنه لا بأس به، وما قاس عليه لا ريب أنه موجب العقد، بخلاف ما تقدم فإنه ينافيه لقصده التأقيت. والله أعلم.

(قال): وكذلك إذا شرط عليه أن يحلّها لزوج قبله.

(ش): يعني فإذا أحلّها طلّقها، وهذا هو نكاح التحليل، والحديث المنصوص والمختار بلا نزاع بطلانه، لما روى ابن مسعود - ﷺ- قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلّل والمحلّل له»[1] رواه أحمد والنسائي والترمذي وصحّحه للخمسة إلا النسائي عن عليّ مثله، ولأحمد عن أبي هريرة مثله ولابن ماجه عن عقبة بن عامر قال: «قال رسول الله ﷺ: ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله. قال: هو المحلل، لعن الله المحلّل والمحلّل له»[2] فلعن رسول الله ﷺ على ذلك، ولا يلعن على فعل جائز. فدلّ ذلك على تحريمه وفساده. وتسميته محلّلاً لقصده الحل في موضع لا يحصل فيه الحل، كما قال النبي ﷺ: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه»[3] وقال تعالى: ﴿يُحِلُّونَهُ عَاماً وَيُحَرِّمُونَهُ عَاماً﴾[4] وعن جابر: «سمعت عمر يخطب الناس، وهو يقول: والله إني لا أوتي بمحلّ ولا بمحلّل له إلا رجمتهما»[5] رواه الأثرم. وسئل ابن عباس عن ذلك

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في ١/ ٤٨، ٨٣، ٨٧، ٨٨، ٩٣، ١٠٧، ١٢١، ١٣٣، ١٥٠، ١٥٨، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٦٢، وفي ٢/ ٣٢٢؛ وأبو داود في النكاح (١٥)؛ والترمذي في النكاح (٢٨)؛ والنسائي في الطلاق (١٣) وفي الزينة (٢٥)؛ وابن ماجه في النكاح (٣٣) والدارمي في النكاح (٥٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه في النكاح (٣٣).

(٣) أخرجه الترمذي في ثواب القرآن (٢٠).

(٤) الآية ٣٧ من سورة التوبة.

(٥) مصنف ابن أبي شيبة: ٤/ ٢٩٤، وانظر: المحلى: ١١/ ٢٤٩.

فقال: من يخدع الله يخدعه. وعن ابن عمر: «لا يزالا زانيين وإن مكثا عشرين سنة، قال: وإن كنّا لنعدّه على عهد رسول الله ﷺ سفاحًا».

وخرّج القاضي وأبو الخطاب رواية ببطلان الشرط وصحة العقد من مسألة اشتراط الخيار، وكذلك ابن عقيل، لكنه خرّجها من الشروط الفاسدة، فعلى الأول وهو المذهب بلا ريب لو نوى ذلك الزوج بقلبه، فهو كما لو شرط بلسانه، نص عليه أحمد، وعليه الأصحاب لدخوله في عموم: «لعن الله المحلّل والمحلّل له» الحديث. ويؤيّده ما روى ابن شاهين في غرائب السنن عن النبي ﷺ: «أنه سئل عن نكاح المحلّل. فقال: لا نكاح إلا نكاح رغبة لا نكاح دلسة» ونقل حرب عن أحمد: إذا تزوج امرأة وفي نفسه طلاقها فكرهه، فأخذ من ذلك الشريف وأبو الخطاب ومن تبعها رواية بالصحة مع الكراهه، وهو مقتضى قول شيخهما، ومنع ذلك أبو العباس إذ رواية حرب في من نوى الطلاق، وذلك إنما يكون في من له رغبة، والمحلّل لا رغبة له في النكاح أصلاً. ومن هنا قال القاضي وأصحابه كالشريف وأبي الخطاب والشيرازي وغيرهم إنه إذا نوى التطليق قي وقت بعينه هو كنيّة التحليل. ونص أحمد يشهد لهم كما تقدم.

وإطلاق كلا م الخرقي يشمل ما إذا شرط التحليل حال العقد أو قبله ولم يرجع عنه وهذا ينبني على أن الشرط السابق كالمقارن، إلا أن هنا النية كافية في المنع، فغايته أنها أكدت بالشرط السابق. نعم، لو شرط قبل العقد ثم نوى في العقد نكاح الرغبة، فأبو محمد يصحح هذا، ويحمل عليه حديث ذي الرقعتين، فإنه يروى عنه: أنه أحلّ امرأة لزوجها، وبلغ ذلك عمر فلم ينكره.

وأبو العباس يقول: إن الشرط المتقدم كالمقارن، فالشرط والحال هذه لا يلزم معه العقد، وأما حديث ذي الرقعتين. فقال أحمد ليس له إسناد. وأبو عبيد أجاب بجوابين.

أحدهما: أنه مرسل، فأين هو من الذين سمعوه يخطب على المنبر: «لا أوتى بمحلّ ولا بمحلّل له إلا رجمتهما»[1].

والثاني كقوله أبي محمد. والله أعلم.

(قال): وإذا عقد المحرّم نكاحًا لنفسه أو لغيره، أو عقد أحد نكاحًا لمحرم أو على محرمة، فالنكاح فاسد.

(ش): لا يصحّ أن يعقد المحرم نكاحًا لنفسه بلا نزاع نعلمه عندنا. لما روى عثمان بن عفان -ﷺ- قال: «قال رسول الله ﷺ: لا ينكح المحرم ولا ينكح»[2] وفي رواية: «ولا يخطب» رواه الجماعة إلا البخاري. فإن قيل: فقد روى ابن عباس - رضي الله عنهما - : «أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم»[3] رواه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي، وإذن فيحمل نهيه ﷺ على الكراهة جمعًا بين الدليلين.

قيل: هذا معارض بما روى يزيد بن الأصم عن ميمونة -رضي الله عنها- قالت: تزوجني رسول الله ﷺ ونحن حلالان بسرف[4] رواه مسلم وأبو داود

---

(١) أخرجه مسلم في الحج (١٤٥).

(٢) أخرجه مسلم في النكاح (٤١-٤٥)؛ وأبو داود في المناسك (٣٨) وفي الصيد (١٢)؛ وأخرجه الترمذي في الحج (٢٣)؛ والنسائي في الحج (٩١)؛ وابن ماجه في النكاح (٤٥)؛ والدرامي في المناسك (٢١) وفي النكاح (١٧)؛ والإمام مالك في الحج (٧٠، ٧٢، ٧٣)؛ والإمام أحمد في ١/ ٥٧، ٦٤، ٦٨، ٦٩، ٧٣.

(٣) أخرجه البخاري في النكاح (٣٠)؛ وأبو داود في الجنائز (١٠، ٣٥، ٣٧، ٣٨، ٤٠، ٤١، ٨٠)؛ والترمذي في الحج (٢٤، ١٠٣، ١٠٤، ١١١)؛ والنسائي في الحج (٢٧، ٤١، ٧٨، ٧٩، ٨١، ٩٠).

(٤) أخرجه مسلم في النكاح (٤٦، ٤٨)؛ الترمذي في الحج (٢٣)؛ والدارمي في المناسك (٢١).

والترمذي. وعن أبي رافع قال: «تزوج رسول الله(*) ﷺ ميمونة وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وكنت أنا الرسول بينهما» رواه أحمد والترمذي وحسنه. وإذا تعارضت الروايتان طلب الترجيح، ولا ريب أن من روى أنه ﷺ تزوجها وهو حلال يترجح بأمور.

أحدها: بكثرة رواته. قال أبو عمر النمري: الرواية أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال، متواترة عن ميمونة، وعن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ، وعن سليمان بن يسار مولاها، وعن زيد بن الأصم وهو ابن أختها. انتهى. ولا ريب أن الحمل على الفرد أولى من الحمل على الجماعة، وقد قال أبو داود: قال سعيد بن المسيب: وَهم ابن عباس. وقال أحمد في رواية أبي الحارث: وهذا الحديث خطأ، يعني حديث عباس.

الثاني: أن ميمونة هي صاحبة القصة، وأبا رافع هو الرسول بينهما. ولا يخفى أيهما أعرف وأخبر بالواقعة من غير. وقد أشار أحمد إلى ذلك في رواية المرزوي، لا سيما وابن عباس - رضي الله عنه - صغير لا يحضر مثله الوقائع، فلعله روى عن غيره، مع أنه قد قيل: أن من مذهب ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه من قلّد الهدى صار محرمًا، فلعله رأى النبي ﷺ قلّد الهدى فاعتقد أنه محرم.

الثالث: أن رواية ميمونة توافق رواية عثمان - رضي الله عنه - ، وعمل الصحابة. فعن عمر: «أنه فرّق في ذلك» رواه مالك في الموطأ. وعن ابنه أنه نهى عن ذلك وقال: «إن رسول الله ﷺ نهى عن ذلك» وراه أحمد وهو قول بن ثابت.

الرابع: أنه متى تعارض دليل الحظر والإباحة كان دليل الحظر مقدّمًا. ثم لو قدر التعارض في فعله ﷺ، نهيه ﷺ في رواية عثمان وابن عمر، ثم لو سلم

(*) إلى هنا انتهى السقط الحادث في نسخة «ج».

ترجيح رواية ابن عباس فهي فعله، وذاك قوله، والقول مقدّم على الفعل، ولا سيما وهو ﷺ قد اختص في النكاح بخصائص لم يشاركه فيها غيره، فلعل هذا منها، ثم لو سلّم عدم الاختصاص فلعل فعله ﷺ وارد على مباح الأصل، ولا يلزم نسخ قوله. ودعوى أن المراد بالنهي بالكراهة مخالف لظاهر النهي ولعمل الصحابة. ويلزم منه أنه ﷺ يفعل المكروه. ولا يقال فعله لتبيّن الجواز، لأنّا نقول يبيّنه ﷺ بقوله ولا يقال المراد بلا ينكح لا يطأ ولا ينكح لا يمكن من الوطء، لأنّا نقول: غالب استعمال الشرع للعقد فيحمل عليه، مع أن قوله في الحديث ولا يخطب قرينه على ذلك. ثم في الدارقطني عن أنس: «أن النبي ﷺ قال: لا يتزوج المحرم ولا يزوّج» وهذا نص، ويؤيده أن الصحابة [رضوان الله عليهم][1] فهمت ذلك. ففي الموطأ عن أبي غطفان المزني إن أباه طريفًا، تزوج امرأة وهو محرم، فردّ عمر - رضي الله عنه - عنه نكاحه وعن عليّ - رضي الله عنه - أنه قال من تزوج وهو محرم نزعناها منه، ولم يجز نكاحه[2]، وعن مولى زيد بن ثابت أنه تزوج وهو محرم، ففرّق زيد - رضي الله عنه - بينهما. رواهما أبو بكر النيسابوري. والله أعلم. وهل له أن ينكح لغيره كما إذا كان وليًا أو وكيلاً في النكاح، فيه روايتان، أشهرهما: لا لعموم الحديث.

وفي الثانية: نعم اختارها أبو بكر، كما لو حلق المحرم رأس حلال ونحوه. وقيل إن أصل هذه الرواية من قول أحمد: إن زوج المحرم لم أفسخ النكاح. وقيل: هذا لا يثبت به رواية لاحتمال أنه منع الفسخ للاختلاف فيه. ولهذا قال هو الإمام مالك - رضي الله عنهما - : لا ينبغي للفقيه أن يحمل الناس على مذهب. انتهى.

---

(١) من نسخة «ج»

(٢) أخرجه الإمام مالك في الحج (٤، ٧، ١٠، ١٤، ٧١، ٧٤، ٧٩، ٨٤، ٩٢، ٩٤، ٩٦، ١٠٤، ١٥١، ١٢٥، ٢٣٦).

فعلى المذهب إذا أحرم الإمام الأعظم منع من تزويج أقاربه. وهل يمنع من التزويج بالولاية العامة فيه احتمالان: المنع نظراً للعموم، فعلى هذا يزوّج خلفاؤه قال القاضي دفعًا للحرج، ولأنهم لا ينعزلون بموته على الأشهر، والجواز، واختاره ابن عقيل لأن ولاية الحكم يجوز فيها ما لا يجوز بولاية النسب بدليل الكافرة يزوجها الإمام لا وليّها المناسب المسلم.

واعلم أن القاضي قال: لأنه لا يعرف الرواية عن أصحابنا في هذا الفرع، إذ إحرامه بالنسبة إلى النكاح كموته. انتهى.

وإذا عقد أحد سواء كان حلالاً أو محرمًا نكاحًا لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد، لأنه تصدّق على المحرم أنه نكح وتزوج، فيدخل في الحديث. وقد خرج من كلام الخرقي ما إذا وكل المحرم حلالاً فلم يعقد له النكاح حتى حل أنه يصح، ودخل في كلامه ما إذا وكله وهو حلال فلم يعقد له حتى أحرم، أن النكاح لا يصح. وهو صحيح، صرح به أبو محمد، فالاعتبار بحال العقد وهو المشهور. والله أعلم.

(قال): وأيّ الزوجين وجد بصاحبه جنونًا أو جذامًا أو برصًا، أو كانت الأمة رتقاء، أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء، أو الرجل مجبوبًا، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح.

(ش): أما ثبوت الخيار بالجنون والجذام والبرص لكل من الزوجين، فلما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «أيما امرأة غر بها رجل به جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها، وصداق الرجل على من غرّه»[1] رواه مالك في الموطأ، والدارقطني. وفي لفظ للدارقطني قضى عمر في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فرّق بينهما ولها الصداق بمسيسه إياها وهوله عليها.

---

(١) اخرجه الإمام مالك في النكاح (٩، ٢٨).

وعن ابن عباس – رضي الله عنهما – أنه قال : «أربع لا تجزئ في بيع، ولا نكاح: المجنونة والمجذومة والبرصاء والقلفاء» رواه الدارقطني. وفي المسند عن كعب بن زيد، أو زيد بن كعب: «أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه، وقعد على الفراش، أبصر بكشحها بياضًا، فانحاز عن الفراش، ثم قال: خذي عليك ثيابك، ولم يأخذ مما أتاها شيئًا» رواه سعيد في سننه عن زيد بن كعب بن عجرة ولم يشك. وردّه ﷺ لها فسخ للنكاح، ولا يقال: لا يحتمل أنه ﷺ طلّقها، أو كني بالرد عن الطلاق لأنا نقول لم ينقل في الحديث طلاق، والرد صريح في الفسخ فالحمل عليه أولى، وإذا ثبت هذا في أحد الزوجين ثبت في الآخر.

والمعنى في ذلك أن الجنون تنفر النفس منه، ويخاف جنايته والجذام والبرص يخشى تعدّيهما إلى الولد، وإلى النفس، وتبيّن أن يغره يمنع القربان. وأما ثبوت الخيار للرجل إذا كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء، فلأن ذلك يمنع معظم المعقود عليه في النكاح وهو الاستمتاع، فأثبت الخيار كالعنة، إذا المرأة أحد الزوجين. فثبت الخيار بالعيب فيها كالرجل.

وأما ثبوت الخيار للمرأة إذا كان الرجل مجبوبًا، لأن ذلك يمنع المقصود من النكاح وهو الاستمتاع، أشبه العنة، بل أولى للآياس من زواله، بخلاف العنة. ودليل الأصل قول الصحابة رضوان الله عليهم.

وقد دخل في كلام الخرقي ما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله، كأن كان مجذومًا وهي جذماء ونحوه، وهو أحد الوجهين. نظرًا إلى أن الإنسان يعاف عيب غيره ولا يعاف عيب نفسه.

والثاني لا ثبت خيار والحال هذه. لتساويهما. ويدخل في كلامه أيضًا ما إذا حدث العيب بعد العقد، وكذا حكاه عنه القاضي [معتمدًا على قوله بعد،

فإن حدث قبل الدخول فلها الخيار في وقتها. وهذا اختيار القاضي][1] في تعليقه الجديد، والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، لأنه معنى يثبت به الخيار مقارنًا، فيثبت به طارئًا، كالإعسار بالنفقة وكالرق.

واختار أبو بكر في الخلاف، وابن حامد والقاضي في التعليق القديم، والمجرد وابن البنا أن الخيار لا يثبت والحال هذه، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد، فلم يثبت الخيار كالحادث بالمبيع المعيّن بعد البيع، وفرّق بأن النكاح يستوفى شيئًا فشيئًا، فهو في معنى الإجارة، بخلاف البيع، وظاهر كلام الخرقي أن الخيار لا يثبت بغير هذه، فلا يثبت بالبخر في الفم ولا في الفرج، ولا بالقروح السيّالة في الفرج، ولا بالباسور، ولا بالناصور، ولا بالاستحاضة، ولا باستطلاق البول أو النجو، ولا بالخصاء، وهو قطع الخصيتين، ولا بالوجاء، وهو رضّهما، ولا بالسل، وهو سلّهما، ولا يكون أحدهما خشى غير مشكل، وهو أحد الوجهين في الجميع، ولا يثبت الخيار بما عدا ذلك كالعمى والعرج وقطع اليد أو الرجل، وكون المرأة نضوة الخلق يخاف عليها الجناية بالجماع، وكون الذكر كبيرًا أو الفرج صغيرًا ونحو ذلك على المذهب بلا ريب.

واختار ابن عقيل ثبوت الخيار بنضو الخلق كالرتق.

واختار ابن حمدان في كبر الذكر وصغر الفرج ثبوت الخيار. وعن أبي البقاء العكبري ثبوت الخيار بكل عيب يردّ به في البيع، وهو غريب.

تنبيهان: أحدهما: الجنون معروف وهو زوال العقل، ولا فرق فيه بين المطبق، أي الدائم، والخانق أي الذي يخنق في وقت دون وقت فإن زال العقل بمرض فهو إغماء لا يثبت خيار، فإن دام بعد المرض فهو جنون والجذام والبرص داءان معروفان نسأل الله العافية منهما ومن كل داء، فإن ظهر أمرهما

---

(١) ما بين القوسين ساقط من نسخة «ج».

فواضح وإن أشكل كأن يتفرق شعر الحاجب أو يكون به بياض يحتمل أنه برص أو بهاق فمع الاتفاق من الزوجين لا كلام ومع الاختلاف القول قول المنكر نظرًا للأصل، فإن أقام المدعي بما ادّعاه شاهدين حكم بذلك. وخرج قبول واحد كالموضحة، فإن أقام كلاً منهما بينة بدعواه تعارضتا ولا فسخ.

والجب: القطع. والحكم هنا مرتب على قطع الذكر، أو على قطع بعضه بحيث لا يمكن الجماع بالباقي.

والرَتَق بفتح الراء والتاء مصدر رتقت بكسر التاء يرتق فتح التاء فيهما: التحام الفرج. قاله الجوهري.

والقِرن، مصدر قرِنت المرأة بكسر الراء تقرن قرنًا بفتحها فيهما، إذا كان في فرجها قرن بسكون الراء، وهو عظم أو غدة تمنع من ولوج الذكر.

والعفل نتينة تخرج في فرج المرأة وحيا الناقة شبيه بالأدرة التي للرجل في الخصية، والقاضي في الخلاف جعل هذه الثلاثة لحمًا ينبت في الفرج.

وفي المجرد جعل الرتق السدّ.

والقرن والعفل: اللحم.

وتبعه على ذلك أبو الخطاب وابن عقيل، وأبو حفص، فسرّ العفل برغوة في الفرج، كزبد البعير. وإذن في ثبوت الخيار به وجهان.

والفتق: انخراق ما بين السبيلين.

وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمنى، وإذن في ثبوت الخيار به وجهان.

الثاني: يفتقر الفسخ في هذه إلى حكم حاكم لأنه أمر مختلف فيه فاحتاج إلى حاكم فالفسخ للاعسار بالنفقة، وفارق بخيار المعتقة للاتفاق عليه، ولا يرد خيار المعتقة بعد ثلث. والمعتقة تحت حر وخيارات البيع فإنها وإن اخلتف فيها فإن أصلها متفق عليه، والمراد بحكم الحاكم أن يحكم بالفسخ أو يأذن فيه أو

يفسخ، ولا يختار إلا بطلب من له الفسخ، وحيث وقع الفسخ كان فسخًا، وليس بطلاق، ونص عليه. والله أعلم.

(قال): وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر.

(ش): سواء كان الفاسخ الزوج أو المرأة، لأنها إن كانت هي الفاسخة فالفرقة من جهتها أشبه ما لو أرضعت زوجه له أخرى، وإن كان هو الفاسخ فهو بسببها إذ هو يعيبها، فإن قيل: فهلاّ جعل فسخها لعيبه كأن منه لأنه بسببه. قيل: أجاب أبو محمد بأن العوض من الزوج في مقابلة منفعنها، فإذا اختارت الفسخ مع سلامة المعقود عليه رجع العوض إلى العاقد وليس من جهتها عوض في مقابلة بضع الزوج، وإنما يثبت لها الخيار دفعًا للضرر اللاحق بها لا لتعذّر ما استحقت في مقابلته عوضًا. والله أعلم.

(قال): فإن كان بعده وادّعى أنه ما علم وحلف كان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غيره.

(ش): شرط ثبوت الخيار فيما تقدم من العيوب أن لا يعلم بها وقت العقد ولا بعده ويرضى أما إن علم بها وقت العقد أو بعده فرضي، أو وجد منه ما يدل على الرضى، فلا خيار لأنه قد دخل على بصيرة أو أسقط حقه، أشبه مشتري المعيب إذا علم بالعيب وقت البيع أو بعده فرضي، فعلى هذا إن تصادقا على عدم العلم بالعيب فلا كلام، وإن اختلفا كأن ادّعى الزوج مثلاً عدم العلم بالعيب وأنكرته المرأة فالقول قوله، إذا الأصل عدم العلم وعليه اليمين. لأن ما ادّعى عليه محتمل، ولا فرق في ذلك كله بين قبل الدخول وبعده، وإن كان كلام الخرقي – رحمه الله – يوهم خلاف ذلك إذا تقرر هذا وفسخ بعد الدخول كان عليه المهر بما استحل من فرجها. وظاهر كلام الخرقي أنه المسمّى لتعريفه المهر، وهو إحدى الروايتين عن أحمد واختيار الشيخين وغيرهما لظاهر ما تقدم عن عمر، وعليه اعتمد أحمد قال: إذا تزوجها جذماء برصاء مجنونة أوبكرًا فخرجت ثيبًا يقول عمر: يلزمهم المهر الذي أعطاهم.

والراوية الأخرى: الواجب مهر المثل، إذا الزوج إنما بذل المسمّى مع تمام النكاح، فإذا فسخ لم يرض ببذل جميعه، والمرأة إنما رضيت بالمسمىّ لرجل سليم، وإذا فات الرضى رجع إلى مهر المثل. وبنى القاضي في المجرد، وابن عقيل في الفصول هاتين الروايتين على الروايتين في النكاح الفاسد، هل الواجب فيه المسمىّ أو مهر المثل، لأن الفسخ لمعنى قارن العقد فإن لم ينعقد، وقيّد أبو البركات رواية مهر المثل بما أن كان الفاسخ الزوج لشرط أو عيب قديم، لأنه إنما رضي بالمسمّى في مقابلة غير صحيحة، أو بشرط وقد فات ذلك فيفوت الرضى بالمسمّى، وإذن يرجع إلى مهر المثل، أما إن حدث العيب بها بعد العقد فالمسيس قابل عينًا صحيحة فيجب، وكذلك إن كانت هي الفاسخة لعيب فيه، أو لفوات شرط لأن ما بذل فيه المسمّى قد وجد فيستقر، لكن قد يقال: ينبغي أن يجب لها مهر المثل إن كان أزيد، إذا رضاها منوط بالشرط وبتسليم.

وقد يجاب بأن مهر المثل لا يختلف [فيه][1] بخلقة الرجل وصفاته وفيه شيء ومن رأينا كلامه من الأصحاب على إطلاق هذه الرواية، ولهذا جعل ابن حمدان تقييد المجد [قولان][2]، وفي المذهب قول ثالث في أصل المسألة في الزوج إذا اطلّع على عيب أو فاته شرط ينسب قدر نقص مهر المثل لأجل العيب أو الشرط إلى مهر المثل كاملاً فيحطّ عنه من المسمّى بنسبة النقص إلى المهرين سواء فسخ أو أمضى، وهو قياس البيع. مثاله أن يقال: كم مهر هذه بهذا العيب أو مع هذا الشرط؟ فيقال: ثمانون مثلاً وبلا عيب ولا شرط مائة فنسبة ما بينهما الخمس، فيرجع من المسمّى بالخمس: وهذا قول ابن عقيل وأبي بكر قالاه فيما إذا شرطا بكرًا فبانت ثيبًا. ووافق أبو بكر الأصحاب في أن الواجب المسمّى في الفسخ لعيبها، وإذن هذا القول رابع. انتهى.

---

(١) ساقط من نسخة «ج».
(٢) ما بين المعكوفين عن «أ» فقط وفي «ب» و «ج» قولاً.

ويرجع الزوج بما غرمه على من غرّه على المشهور المختار من الروايتين لما تقدم عن عمر - ﷺ. والرواية الثانية لا يرجع بشيء، اختارها أبو بكر في الخلاف، وهو قوله عليّ - ﷺ، وذلك لأنه ضمن ما استوفى بدله فلم يرجع به على غيره كالمبيع المعيب إذا أكله ثم علم عيبه وقد روى عن أحمد أنه رجع عن هذه الرواية، قال في رواية ابن الحكم: كنت أذهب إلى قول عليّ، ثم هبته فملت إلى قول عمر. قال عمر: إذا تزوجها فرأى جذامًا أو برصًا، فلها المهر بمسيسه ووليّها ضامن للصداق[1].

وقول الخرقي يشمل الوليّ والوكيل والمرأة، وصرح به غيره، فعلى هذا أيّهم انفرد بالغرور ضمن، فلو أنكر الوليّ علمه بذلك ولا بينّه. فثلاثة أوجه.

أحدها: القول قوله مع يمينه، اختار أبو محمد، إذا الأصل عدم علمه بذلك.

والثاني: القول قول الزوج إلا في عيوب الفرج، إذا الظاهر أن الوليّ لا يخفى [عليه ذلك][2]، أما عيوب الفرج فلا اطلاّع له عليها.

والثالث: إن كان مما يخفى[3] عليه أمرها كأباعد العصبات: كالأول وإلا فكالثاني قاله القاضي وابن عقيل، أما الوكيل فينبغي أن يكون القول قوله بلا خلاف وشطر تضمين المرأة أن تكون عاقلة، قاله ابن عقيل لتوجد قصد الغرور منها، وشرط مع ذلك أبو عبد الله بن تيمية بلوغها ليوجد تعزير محرم، فعلى هذا حكمها إذا ادّعت عدم العلم بعيب نفسها، واحتمل ذلك حكم الوليّ على ما تقدم، ولو وجد الغرور من المرأة والوليّ فالضمان على الوليّ على

---

(١) وذلك لأنه غرّه في النكاح بما يثبت به الخيار، فكان المهر عليه، كما لو غرّه بحريه أمة، (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٨٧).

(٢) في نسخة «أ»، «لا يخفى عليك» والصحيح ما أثبتناه من نسخة «ج».

(٣) في نسخة «أ»: «يخاف».

[مقتضى][1] قول القاضي وابن عقيل وأبي محمد وغيرهم، لأنه المباشر. وقال أبو محمد فيما إذا كان الغرور من المرأة والوكيل الضمان عليهما نصفان، فيكون في كل من الوليّ والوكيل قولان، والله أعلم.

(قال): ولا سكنى لها ولا نفقة، لأنه السكنى والنفقة لمن يجب لزوجها عليها الرجعة.

(ش): لا نفقة للمفسوخ نكاحها، لأنها بائن أشبهت بطلاق ثلاث وهو قسم من أقسام البائن، فلا نفقة لها ولا سكنى لها على المشهور، هذا إن كانت حائلاً، فإن كانت حاملاً فلها النفقة عند أبي محمد لأنها بائن من نكاح صحيح في حال حملها أشبهت المختلعة، وفي السكنى روايتان.

وقال القاضي وابن عقيل: إن قلنا للحمل وجبت لها، وإن قلنا لها من أجله لم تجب كالمعتدة من نكاح فاسد ولعل هذا أوفق لقول الخرقي لأنه هنا لم يستثن الحامل، وثم استثناها، وأصل ذلك والدليل عليه يأتي إن شاء الله في النفقات. والله أعلم.

(قال): وإذا أعتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح.

(ش): هذا إجماع حكاه ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما. وقد قالت عائشة – رضي الله عنها–: «كان في بريرة ثلاث سنين خيّرت على زوجها حين عتقت»[2] مختصر متفق عليه.

وعن القاسم بن محمد، عن عائشة – رضي الله عنها– : «أن بريرة خيّرها النبي ﷺ وكان زوجها عبدًا»[3] رواه مسلم وأبو داود والنسائي: وعن عروة عن

---

(١) في نسخة «أ»: «قيمة».

(٢) أخرجه البخاري في المعتق (١٠)؛ ومسلم في العتق (٩-١٢)؛ وأبو داود في النكاح (٢٤)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٧٣ وفي ٦/ ٤٢، ٤٦، ١١٥، ١٧٠، ١٧٢.

(٣) أخرجه مسلم في العتق (٩، ١١، ١٣)؛ وأبو داود في الطلاق (١٩)؛ والترمذي في الرضاع (٧).

عائشة في قصة بريرة قالت: «كان زوجها عبدًا فخيّرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها» ولو كان حرًا لم يخيّرها، رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي. وعن ابن عباس: «أن زوج بريرة كان عبدًا أسود يسمّى مغيثًا، فخيّرها - يعني النبي ﷺ - وأمرها أن تعتد» رواه أبو داود والترمذي والنسائي والبخاري مختصرًا.

ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا أعتقت وزوجها حر فلا خيار لها، وهو المذهب المنصوص والمختار بلا ريب لما تقدم، إذا الأصل لزوم النكاح، إلا حيث قام الدليل على جوازه.

ونقل عن أحمد فيمن زوج أم ولده ثم مات فقد عتقت ويخيّر، فأخذ من ذلك أبو الخطاب رواية ثبوت الخيار لمن زوجها حر لإطلاق أحمد، وذلك لما روى الأسود عن عائشة - رضي الله عنها -: «أن زوج بريرة كان حرًا حين أعتقت، وأنها خيّرت فقالت: ما أحب أن أكون معه وإن كان لي كذا وكذا» رواه الجماعة إلا مسلمًا. وتحمل رواية العبدية على أنه كان عبدًا جمعا بينهما، ورجح الأول بأمور.

أحدها: بأن قوله «كان حرًا» هو من قول الأسود وقع مدرجًا في الحديث. كذا جاء مفسرًا فروى ابن المنذر عن إبراهيم أنه قال: فقال الأسود: وكان زوجها حرًا. وقال البخاري: قول الأسود منقطع.

الثاني: أنه قد روى عن الأسود عن عائشة أن زوجها كان عبدًا، فإذن تتعارض روايتا الأسود ومسلم رواية غيره.

الثالث: لو سلم اتصال رواية الحرية وترجيحها. فقد عارضها رواية الجمّ الغفير عن عائشة أنه كان عبدًا، فروى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير ومجاهد وعمرة بنت عبد الرحمن كلهم عن عائشة أنه كان عبدًا، والقاسم هوابن أخي عائشة، وعروة هو ابن أختها، وكانا يدخلان عليها بلا حجاب، وعمرة كانت في حجرها، ولا ريب أن رواية الجمّ الغفير الخصيص أولى من

الفرد البعيد. قال إبراهيم بن أبي الخطاب: خالف الأسود الناس في زوج بريرة. فقال: إنه حر، وقال الناس: إنه عبد، ويؤيد هذا أن مذهب عائشة أنه لا يثبت الخيار [تحت الحر، ثم](١) لو قدّر تساوي روايته لرواية غيره، فتعارض روايتان عائشة ومسلم رواية ابن عباس، ودعوى أنه كان عبدًا مختار، والأصل الحقيقة مع أنه قد روى الإمام أحمد في المسند عن القاسم عن عائشة: «أن بريرة كانت تحت عبد فلما أعتقها قال لها رسول الله ﷺ: اختاري فإن شئت أن تمكثي تحت هذا العبد، وإن شئت أن تفارقيه». قال بعض الحفّاظ: وإسناده جيد، وهذا تصريح بعبوديته في الحال.

ومفهوم كلام الخرقي أيضًا إذا أعتقا معًا أنه لا خيار لها أيضًا(٢)، وهو إحدى الروايتين، واختيار أبي بكر والشيخين وغيرهما، وقال القاضي في بعض كتبه: إنها قياس المذهب لنص أحمد على أن عتقه قبل اختيارها يسقط خيراه، فأولى ألاّ يثبت لها إذا عتقا معًا، وذلك لأن السبب المقتضى للفسخ قارنه ما يقتضى إلغاءه، وهو حرية الزوج فمنع إعماله. والرواية الثانية وهي أنصّهما، وصححها القاضي في الروايتين يثبت لها الخيار لأنها كملت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية فملكت الفسخ، كما لو عتقت قبل الزوج وقد روى أبو داود والنسائي عن عائشة – رضي الله عنها-: «أنها أرادت أن تعتق مملوكين لها، زُوْجَ. قال: فسألت النبي ﷺ فأمرها أن تبدأ بالرجل قبل المرأة» والظاهر أن ذلك حذرًا من ثبوت الخيار لها بعتقهما معًا، وأجيب: بأن الأمر بذلك خشية أن تبدأ بعتق المرأة.

تنبيه: ولا يفتقر الفسخ هنا إلى حكم حاكم، لأنه مجمع عليه. والله أعلم.

---

(١) والنكاح بحاله، سواء أعتقها رجل واحد أو رجلان. نص على ذلك أحمد. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٩٥).

(٢) في نسخة «أ»: «يجب التحريم»، وما أثبته من نسخة «ج».

(قال): فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها، علمت أن لها الخيار أو لم تعلم.

(ش): أما بطلان خيارها بعتقه قبل أن تختار، فلأن الخيار لدفع الغرر بالرق وقد زال كالمبيع إذا زال فيسقط عيبه، وكما لو تزوجته وبه جنون ونحوه فزال قبل أن تختار[1]، وقيل إنه وقع للقاضي وابن عقيل ما يقتضي أنه لا يسقط كما لو عتقا معًا، والأول المذهب المصرّح به عن القاضي وغيره وعليه لو أعتق بعضه، فالخيار بحاله كما هو مقتضى كلام الخرقي، وأما بطلان خيارها بوطئها في الجملة فلما روت عائشة- رضي الله عنها-: «أن بريرة أعتقت وهي عند مغيث عبد لآل أحمد، فخيّرها رسول الله ﷺ وقال لها: إن قربك فلا خيار لك»[2] رواه أبو داود، ولا فرق في بطلان خيارها بالوطء بين أن تعلم أن لها الخيار أو لم تعلم، وهو نص الروايتين، واختيار الخرقي وابن موسى، والقاضي في الجامع والمجرد لعموم الحديث، ولأن الجهل بالأحكام لا يعذر به، إذ يلزمه السؤال والتعلم.

والرواية الثانية: لا يبطل خياره، والحال هذه حكاها في المغني عن القاضي وأصحابه، وفي الكافي عن القاضي وأبي الخطاب، إذ بطلان الخيار يعتمد الرضاع ومع عدم العلم ثبوت الخيار ولا رضا، فعلى هذا تقبل دعواها الجهل. قاله أبو محمد، إذ لا يعرف ذلك إلا الخواص، وقيّده ابن عقيل بأن يكون مهلا بجهله، أما المتفقّهة فلا تقبل دعواها، وحكم مباشرته لها حكم وطئها، وكذلك تقبيلها له، إذ مناط المسألة ما يدل على الرضا.

---

(١) وبالجملة، فإن خيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد أحد هذين الأمرين أعتق زوجها، أو وطئه لها، ولا يمنع الزوج من وطئها. (المغني والشرح الكبير:٧/ ٥٩٤).

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق(٢١).

تنبيه: تقبل دعواها الجهل بالعتق فيما إذا وطئها، نظرًا للأصل وهو عدم العلم، وإذن لا رضى، فالخيار بحاله هذا هو المذهب المشهور المختار لعامة الأصحاب، وعن القاضي في الجامع الكبير يبطل خيارها لعموم الحديث، فعلى الأول شرط القبول أن يكون مما يخفي عليها كأن يكون العتق في غير بلدها ونحو ذلك. أما إن كان في بلدها ولا يخفي عليها لاشتهاره، أو لكونه في داره ونحو ذلك لم يقبل قولها، لأن قرينة الحال تكذيبها. انتهى.

ولم يعتبر الأصحاب العلم بأن الوطء مبطل، فلو علمت العتق وعلمت ثبوت الخيار به ومكنت جاهلة بحكم الوطء بطل خيارها. والله أعلم.

(قال): وإن كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسرًا.

(ش): إذا كانت الأمة لنفسين فأعتق أحدهما نصيبه وهو معسر[1] فلا خيار لها على المختار من الروايتين، اختارها ابن أبي موسى والقاضي وأبو محمد وغيرهم، لأنه لا نص فيها، ولا يصح قياسًا على المنصوص، لأن كاملة الحرية أكمل من ناقصتها، وعلّله أحمد بأن النكاح صحيح فلا يفسخ للمختلف.

وفي الرواية الثانية لها الخيار، اختارها أبو بكر في الخلاف لأنها قد صارت الحمل منه فثبت لها الخيار كما لو عتق جميعها. وقوله إذا كان معسرًا يحترز عما إذا كان موسرًا، فإن العتق يسري ويثبت لها الخيار بلا ريب، وقد علم من هذا أن هذا الخلاف علي قولنا بعدم الاستسعاء، أما إن قلنا به وإن العتق يتنجّز فيثبت لها الخيار. والله أعلم.

---

(١) إنما شرط الإعسار في المعتق، لأن الموسر يسري عتقه إلى جميعها فتصير حرّة ويثبت لها الخيار. والمعسر لا يسري عتقه، بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق، فلا تكمل حريتها، فلا يثبت لها الخيار حينئذ (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٥٩٦).

(قال): وإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده، فالمهر للسيّد.

(ش): أما قبل الدخول فلأنه قد وجب للسيّد بالعقد، ولم يوجد له مسقط، وكذلك بعد الدخول، بل أولى لاستقراره بذلك. والله أعلم.

(قال): وإن اختارت الفسخ قبل الدخول، فلا مهر.

(ش): هذا إحدى الروايتين، واختيار أبي محمد وغيره نظرًا إلى أن الفرقة جاءت من جهتها، أشبه ما لو ارتدّت.

والثانية يجب لسيّدها نصف المهر، اختارها أبو بكر نظرًا إلى أن المهر وجب للسيّد فلا يسقط بفعل غيره. وأجاب أبو محمد بأنه وإن وجب له لكن بواسطتها. ويردّ بالأمة الزانية على المذهب وقيل عنه يجب كله وبعد. انتهى. فلو كانت مفوّضة فلا متعة على الأول، وعلى الثاني تجب للسيّد، والله أعلم.

(قال): وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيّد.

(ش): إذا اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر للسيّد، لما تقدم من استقرار المهر بالدخول. والله أعلم.

﴿باب أجل العنين والخصي غير المجبوب﴾

(ش): العنين العاجز عند الوطء وربما اشتهاه ولا يمكنه، مشتقّ من عنّ الشيء إذا عرض[1] وقيل الذي له ذكر لا ينتشر، والخصيّ من قطعت خصيتاه، وفي معناه الموجوء، وهو المرضوض والمسلول وهو الذي سلّت بيضتاه. أما المجبوب فهو الذي قطع ذكره، وقد تقدم حكمه.

(١) لأن ذكره يعنّ إذا أراد إيلاجه، أي يعترض. والعنن الإعتراض، وقيل لأنه يعنّ لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده. (المغني والشرح الكبير:٧/ ٦٠٢).

(قال): وإذا ادّعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجّل سنة منذ ترافعه، فإن لم يصبها فيها خيّرت في المقام معه، أو فراقه، فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخًا بلا طلاق.

(ش): إذا ادّعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إلى جماعها، فإن اعترف الزوج بذلك أجّل سنة على المذهب المنصوص والمختار لعامة الأصحاب، لما روي عن سعيد بن المسيب، عن عمر -ﷺ-: «أنه أجّل العنين سنة» وعن عبدالله بن مسعود قال: «يؤجّل سنة فإن أتاها وإلا فرّق بينهما» رواهما الدارقطني. وعن المغيرة بن شعبة: «العنين يؤجّل سنة» ولأن عجزه عن الوصول إليها يحتمل أن يكون لمرض فيضرب له سنة، لتمرّ عليه الفصول الأربعة، فإن كان من تيبّس زال في زمن الرطوبة وإن كان من رطوبة زال في زمن الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في زمن الاعتدال، فإذا مضت الفصول ولم يزل علم أنه خلقة وجبلة، [واختار أبو بكر][1]. وأبو البركات: أنه لا يؤجّل [ويفسخ][2] في الحال كالجبّ، ولأن المقتضى للفسخ قد وجد وزواله محتمل والأصل والظاهر عدمه، وإن لم يعترف الزوج بذلك ولم يدع وطئًا فهل القول قوله؟ قاله أبو الخطاب في الهداية والقاضي في التعليق وفي غيره، لأنه منكر لاسيما وقد عضده أن الأصل السلامة، أو القول قولها فيؤجّل بمجرد دعواها وهو ظاهر قول الخرقي، ووقع للقاضي في التعليق في موضع آخر، لأن الأصل عدم الوطء، أو القول قوله إن كانت ثيّبًا، وإن كانت بكرًا أجّل بقولها، وهو الذي جزم في المغني لاعتضاد عدم الوطء بالبكارة على ثلاثة أقوال. وعلى الأول يحلف على الصحيح من الوجهين، فإن نكل قضى عليه وأجّل، وقيل: لا يحلف كمدّعي الطلاق. انتهى.

---

(١) في نسخة «أ»: «واختيار أبي بكر» والمثبت من نسخة «ج».

(٢) في نسخة «أ»: «لا يفسخ» والمثبت من نسخة «ج» وهو الصحيح.

وحيث أجّل، فإن ابتداء التأجيل من حين رفعته إلى الحاكم لأنها مدّة مختلف فيها فاحتيج في ضربها إلى الحاكم بخلاف مدة الإيلاء ثم إن أصابها في المدة المضروبة فقد تبيّنا أن لا عنّة، وإن لم يصبها فيها خيّرت بين المقام معه وبين فراقه، لقضاء الصحابة بذلك، وكما لو امتنع الوطء من [جهتها][1] برتق ونحوه، لا يقال الوطء حق للرجل دون المرأة لأنّا نقول: بل حق لهما بدليل: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ(*) بِالْمَعْرُوفِ﴾ ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[2] ومن الإمساك بالمعروف الجماع، ولا يرد حديث رفاعة «حيث أخبرت النبي ﷺ بعنّة زوجها ولم يجعل لها الفسخ» لأن ابن عبد البر قال: صحّ أن ذلك كان بعد طلاقه، فلا معنى لثبوت الفسخ، على أنّا لا نسلم عنّته، بل كان ضعيف الجماع ولهذا قال النبي ﷺ: «حتى تذوقي عسيلته» وذوق العسيلة موقوف على إمكان الجماع. انتهى.

ومن اختارت الفراق رجع إلى الحاكم للاختلاف فيه، فإما أن يفسخ باختيارها وإما أن يردّه إليها فيفسخ ويقع الفراق فسخًا لا طلاقًا.

وقول الخرقي: والخصيّ، ظاهره أن حكمه حكم العنين، وكذا ترجم القاضي في الجامع فيجري فيه ما تقدم. قال أبو محمد: وقد قيل إن وطأه أكثر من وطء غيره[3]. وقوله: غير المجبوب مقتضاه أن المجبوب لا يثبت فيه هذا الحكم، وقد تقدم له أن المجبوب يثبت لامرأته الفسخ في الحال، لكن قال أبو محمد في المغني: إذا بقي من ذكر المجبوب ما يمكن الوطء به، الأولى ضرب المدة، وبعده أبو العباس أنه لم يتجدد له قدرة ولم تكن بخلاف العنين. والله أعلم.

---

(١) في نسخة «أ»: «جملتها» والصحيح ما أثبته من نسخة «ج».

(*) من هنا يبدأ سقط في نسخة «ج» مقداره صفحة تقريباً.

(٢) سورة البقرة: الآيتان:٢٢٨، ٢٢٩.

(٣) لأنه لا ينزل، فيفتر بالإنزال.

(قال): فإن قال قد علمت أني عنين قبل أن أنكحها، فإن أقـرّت أو ثبـت ما قال ببيّنة فلا يؤجّل وهي امرأته.

(ش): إذا ادّعت المرأة عنّة الرجل فادّعى أنها علمت ذلك قبل أن ينكحها، فإن أنكرت فالقول قولها مع يمينها، إذ الأصل عدم علمها، ويؤجّل، وإن أقرّت بذلك أو أنكرت فأقام بيّنة بها ادّعاه فلا يؤجّل وهي امرأته، لا سبيل لها إلى فسخ العقد بحال، لأنها دخلت على بصيرة، أشبه ما لو علمته مجبوباً ونحو ذلك[1]. والله أعلم.

(قال): وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعد، فلها ذلك، ويؤجّل سنة من يوم ترافعه.

(ش): لأن نفس السكوت لا يدلّ على الرضى[2]، وقد أخذ من هذا القاضي وأبو محمد أن الخيار في العيوب على التراخي، وهو اختيار القاضي في الجامع، وأبو الخطاب في الهداية، والشيخان وغيرهم، لأنه لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي، كخيار القصاص وحدّ القذف، وعكسه خيار الشفعة والمجبرة، فإن ضرره غير متحقق.

وقال القاضي في المجرد، وابن عقيل، وابن البنا في الخصال: أنه على الفور، لأنه لدفع ضرر أشبه خيار الشفعة. قال ابن عقيل ومعناه أن المطالبة بحق الفسخ تكون على الفور، فمتى أخّر ما لم تجر العادة به بطل، لأن الفسخ على الفور، وعلى الأول لا يسقط الخيار إلا بما يدل على الرضا من قول أو

---

(١) ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ، فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٦٠٧).

(٢) وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضا لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه، فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقها كسكوتها بعد ضر المدة وقبل انقضائها. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٦٠٨).

استمتاع أو تمكين منه ونحو ذلك. ولا يعتبر التصريح بالرضا لأن الدال على الشيء قائم مقامه ومنزل منزلته، واستثنى من ذلك أبو البركات خيار العنّة لا يسقط إلا بالقول، لا يسقط بالتمكين من الاستمتاع ونحوه، إذ عنّته إنما تعلم بعجزه عن الوطء وذلك لابد فيه من التمكين من الوطء.

وقال أبو العباس أنه لم يجد هذه التفرقة لغيره. وجعل أنه متى أمكنته في حال لها الفسخ سقط خيارها، وحيث لم يثبت لها الفسخ، وإن ثبت العيب لا عبرة بتمكينها، ولا فرق في ذلك بين العنّة وغيرها. والله أعلم.

(قال): فإن قالت في وقت من الأوقات: قد رضيت به عنيناً، لم يكن لها المطالبة بعد.

(ش): إذا قالت المرأة في وقت من الأوقات قبل العقد أو بعده، وقبل التأجيل أو بعده، وقبل مضيّ الأجل أو بعد مضيّه. وقد رضيت به عنيناً، سقط خيارها، ولم يكن لها المطالبة بعد وذلك لأنها صرّحت برضاها به معيباً، أشبه ما لو رضيت به مجبوباً ونحوه، ومن هنا والله أعلم، أخذ أبو البركات أن خيار العنّة لا يسقط إلا بالقول. والله أعلم.

(قال): وإن اعترفت أنه وصل إليها مرة، بطل أن يكون عنيناً.

(ش): كذا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وغيره، ولا نزاع في ذلك إذا كان الوصول في الفرج في هذا النكاح لتحقق قدرته على الوطء[1]، أما لو كان الوصول في الدبر، أو في نكاح سابق.

فوجهان أحدهما يزول، ويحتمله إطلاق الخرقي، وهو مقتضي قول أبي

---

(١) لأنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح، وزوال عنّته، فلم تضرب له مدة، كما لو لم يعجز. ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد. (المغني والشرح الكبير: ٧/ ٦١١).

بكر لقوله أن العنين يختبر بتزويج امرأة من بيت المال، وذلك لأن العنّة خلقة وجبلة، فلا تختلف باختلاف الأوقات والمحالّ.

والثاني وهو اختيار القاضي وأبي الخطاب وأبي محمد وغيرهم، لا يزول إذ الفسخ ثبت لها دفعًا للضرر الحاصل لها بعدم وطئها في هذا النكاح في محل الوطء، فلا يزول بغير ذلك لبقاء الضرر. ولعل هذين الوجهين مبنيّان على تصوّر طريان العنّة. وقد وقع للقاضي وابن عقيل أنها لا تطرأ، وكلاهما هنا يدل على طريانها.

وقال ابن حمدان: إنه الأصح. وعموم الخرقي يقتضي أن عنّته تزول بالوصول إليها وإن كان محرمًا، كما إذا وطئها وهي حائض أو نفساء ونحو ذلك، وهو الصحيح من الوجهين لتحقق قدرته على الوطء، والوجه الآخر لا تزول كما لا تحصل به الإباحة للزوج الأول، ولو كان التحريم لأمر خارجيّ عن المحل كما لو وطئها وهو في المسجد، أي وهو مانع لصدقها زالت به العنّة قولاً واحدًا. ذكره القاضي، وعكسه لو وطئها في حال الردّة لا تزول به العنّة، ذكره القاضي في الجامع محل وفاق مع الشافعية.

تنبيه: والوطء الذي يخرج به من العنّة في حق سليم الذكر غيبوبة الحشفة في الفرج كسائر أحكام الوطء. وقيل يشترط إيلاج جميعه، إذ الحشفة قد تدخل معالجة فلا يعلم دخولها باعتماد من الذكر، وفي حق مقطوع الذكر بقدر الحشفة كما لو كان سليمًا. وقيل لابد هنا من تغيب الباقي. قاله القاضي في الجامع إذ لا حدّ هنا يعتبر. والله أعلم.

[(قال): وإن جبّ قبل الحول كان لها الخيار في وقتا.

(ش) يعني إذا أجّلناه فجبّ ذكره قبل الحول فلها الخيار وفي الحال، لأنه قد تحقق عجزه عن الوطء والحال هذه فلا حاجة إلى انتظار الحول، وقد تقدم

أن للقاضي وغيره أخذًا من هذا ثبوت الخيار بالعيب الحادث. قال أبو محمد: ويحتمل أن ثبوت الفسخ هنا بالجبّ الحادث لتضمّنه مقصود العنّة في العجز عن الوطء، بخلاف غيره من العيوب. والله أعلم][1].

(قال): وإن زعم أنه قد وصل إليها، وقالت: أنا عذراء، أريت الثقات النساء، فإن شهدن بما قالت أجّل سنة.

(ش): يعني إذا أنكر العنّة وادّعى أنه وصل غليها وقالت: أنا عذراء فإنها تري النساء، فإن شهدن بما قالت، فالقول قولها فيؤجّل، لأنه قد ظهر كذب دعواه، وهل تجب عليها اليمين إن قال: أزلت بكارتها. ثم عادت، فيه احتمالان.

أحدهما وبه قطع القاضي وأبو الخطاب في الهداية وأبو البركات وغيرهم تجب، لأن ما ادّعاه محتمل.

والثاني ويحتمله كلام الخرقي وابن أبي موسى: لا تجب لأن ما يبعد حد الالتفات إليه كاحتمال كذب البيّنة، وإن شهدت بزوال عذرتها فالقول قول الزوج لتبيين كذبها فلا يؤجّل، ولا يمين حذارًا من مخالفة الأصل. وهو وجوب اليمين مع البيّنة إلا أن قالت: زالت بغير ما ادّعاه. وقول الخرقي: أريت النساء. المراد به الجنس. إذ يكتفي بامرأة في رواية مشهورة وفي أخرى بامرأتين والله أعلم.

(قال)(*): وإن كانت ثيّبًا وادّعى أنه يصل إليها أخلى معها، وقيل له اخرج ماءك على شيء، فإن ادّعت أنه [ليس بمني][2]، جعل على النار فإن ذاب فهو مني وبطل قولها. وقد روي عن أبي عبد الله قول آخر: أن القول قوله مع يمينه.

---

(١) المسألة التي بين المعكوفين من نسخة «أ». وقد وردت هذه المسئلة في نسخة «د» في غير هذا الموضع، بعد مسئلة.

(*) موضع انتهاء السقط الذي حدث في نسخة «ج».

(٢) ما بين المعكوفين أثبتناه من النسخة «ج».

(ش): الأول رواه مهنا وأبو داود، وأبو الحارث، وغيرهم، واختار القاضي والشريف وأبو الخطاب فى خلافاتهم، والشيرازي، إذ بذلك يظهر صدقة أو صدقها، إذ الغالب أن [العنين لا ينزل، فمع][1] الإنزال يغلب على الظن كذبها، فيكون القول قوله، ومع عدم الانزال يظهر صدقها فيكون القول قولها، ومع إلانزال إذا أنكرت أنه مني يختبر يجعله على النار فإذا ذاب فهو منيّ، إذ ذلك هي علاماته، وإن تيبّس وتجمّع فهو بياض بيض.

والثانى نقله ابن منصور، واختاره أبو محمد والقاضي في روايتيه لأنها تدّعي عليه ما يقتضي فسخ العقد، والأصل عدمه وبقاء النكاح، ويجب عليه اليمين على الصحيح لعموم قوله ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»[2].

قال القاضي: ويتخرج أن لا يمين بناء على إنكار الطلاق.

وعنه رواية ثالثة نقلها ابن منصور، وأيضا القول قولها، إذ الأصل عدم الوطء، ويجب عليها اليمين على الصحيح أيضًا لما تقدم. وقيل لا بناء على الاستخلاف فى غير المال. واعلم أن هذه الرواية الأخيرة خصّها أبو البركات بما إذا ادّعى الوطء بعد ما ثبتت عنّته وأجّل لأنه أنضم إلى عدم الوطء وجود ما يقتضي الفسخ، وجعل على هذه الرواية إذا ادّعى الوطء ابتداء وأنكر العنّة، القول قوله مع يمينه، وأطلقها جمهور الأصحاب، ولفظها يشهد لهم.

---

(١) فى نسخة «أ»: «العنّين لا يترفع» والصحيح ما أثبتناه عن نسخة «ج».

(٢) أخرجه البخاري في الرهن (٦، ٢٠، ٢٣) وفى الشهادات (١) وفي تفسير (سورة ٣) (٣)؛ وأخرجه مسلم فى الأقضية (١، ٢)؛ وأبو داود في الأقضية (٢٣)؛ والترمذي في الأحكام (١٢)؛ والنسائي فى القضاة (٣٦؛ وابن ماجه في الأحكام (٧)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٥٣، ٢٨٨، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٦٣ وفي ٢/ ٧٠.

(قال): إذا ادّعت المرأة أن زوجها لا يصل إليها استحلفت. انتهى.

وقال أبو بكر في التنبيه: يزوج امرأة من بيت المال. قال القاضي: لها ديـن. وقال أبو محمد: لها حظ من الجمال، فإن ذكرت أنه قربها كذبت الأولى، وخيّرت الثانية في الإقامة والفراق، ويكون الصداق من بيت المال، وإن كذبته فـرّق بينـه وبين الأولى وكان الصداق عليه في مالـه، واعتمـد في ذلـك عـلى مـا روى: «أن امرأة جاءت إلى سـمرة [فـشكت][(1)] أنـه لا يـصل إليهـا زوجهـا. فكتـب إلى معاوية، فكتب إليه: أن زوّجه امرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح، وسق إليهـا المهر من بيت المال، فإن أصابها فقد كذبت، وإن لم يصبها فقد صـدقت. ففعـل سمرة ذلك فجاءت المرأة فقالت: ليس عنده شيء، ففرّق بينهما». والله أعلم.

(قال): وإذا قال الخنثى المشكل: أنا رجل، لم يمنع من نكاح النساء، ولم يكـن له أن ينكح بغير ذلك بعد. وكذلك لو سبق فقال: أنا امرأة، لم ينكح إلا رجلاً.

(ش): يرجع إلى الخنثى المشكل في التزويج، فإذا قال: أنـا رجـل، كـان لـه نكاح النساء. وإن قال: أنا امرأة كان له نكاح الرجال، على قول الخرقي. واختاره القاضي في الروايتين، لأن الله سبحانه وتعالى أجـرى العـادة في الحيوانـات بميـل الذكر إلى الأنثى وميلها إليه. وهذا الميل في النفس لا يطلع عليه غيره، فرجـع فيـه إليه لتعذّر معرفته من غيره، كما رجع إلى المرأة في حيضها وعدتها.

ومنصوص أحمد في رواية الميموني: أنه لا يـزوج ولا يتـزوج حتـى يتبـيّن أمره. واختاره أبو بكر وابن عقيل لأنه مشكوك في حلّه للرجال والنـساء، فلـم يحل نكاحه حتى يتّبين أمره، كما لو اشتبهت أخته بأجنبية. ولا تفريع على هـذا،

---

(١) في نسخة «فذكرت». والمثبت من باقي النسخ.

أما على قول الخرقي، فلو رجع عن قوله الأول بأن قال: أنا رجل ثم قال: أنا امرأة، أو بالعكس، فلا يخلو إما أن يكون متزوجًا، أو غير متزوج. فإن كان غير متزوج منع من نكاح الرجال والنساء على ظاهر الكلام أبي محمد في الكافي، وأجاز أبو البركات لأنه بإقراره مثلاً أنه رجل أقرّ بتحريم الرجال عليه. ثم بقوله ثانياً إنه امرأة أقرّ بتحريم النساء عليه.

وظاهر كلام الخرقي والأصحاب أن له نكاح ما أبيح له أولاً ولا يعوّل على قوله بعد، وإن كان متزوجًا انفسخ نكاحه من المرأة، لأن النكاح حق للرجل، وقد أقرّ بما يبطله، أشبه ما لو قال: هى أختي من الرضاع ولا ينفسخ نكاحه من الرجل لأن النكاح والحال هذه حق عليه فلا يقبل قوله فى إسقاط حق الغير. قال ذلك الشيخان، وقال القاضي: إذا تزوج امرأة ثم عاد أو بالعكس لم يقبل، ويجرى الحكم فى النكاح على القول الأول، وعلّله بأنه يتّهم فى رفع فراش الرجل إذا عاد فقال: أنا رجل. ويتّهم فى قصد فسخ النكاح ليسقط عنه مهر المرأة إذا عاد فقال: أنا امرأة. وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب، وابن عقيل. انتهى.

وفى نكاحه لما يستقبل ما تقد من قول الأصحاب، وقول أبي البركات والله أعلم.

(قال): وإذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح، وليس واحد منهما بزائل العقل رجمًا إذا زنيا.

(ش): ذكر الخرقي - رحمه الله - هنا ما يحصل به الإحصان الذى به يجب الرجم بالزنا وهو الإحصان، كأن يطأ الرجل المرأة فى القبل، أو توطأ المرأة،

كذلك لقوله ﷺ: «الثّيب بالثّيب الجلد والرجم»(1) والثيابة إنما تحصل بالوطء في القبل، ويشترط في هذه الإصابة شروط.

أحدها: أن تغيب الحشفة أو قدرها، إذ الأحكام إنما تترتب على ذلك ولا تكفي الخلوة بلا [خلاف](2). قاله أبو محمد.

الثاني: أن يكون بعد الحرية والعقل لأن الإحصان كمال فيشترط أن يكون فى حال الكمال، ولأن النبي ﷺ: «جعل على الثّيب الرجم» ولو حصل الإحصان بذلك لجاز رجم العبد والمجنون ولا يجوز.

الثالث: أن يكون بعد البلوغ على الصحيح المعروف لما تقدم، وعن ابن أبي موسى يتحصن البالغ بوطء المراهقة، وتتحصن البالغة بوطء المراهق، لأن ما قارب الشيء أعطي حكمه.

الرابع: أن يكون بنكاح، فلا إحصان لواطئ بشبهة أو بملك يمين، ونحو ذلك: إجماعًا، إذ النعمة إنما تكمل بالوطء بذلك. ويشترط في النكاح أن يكون صحيحًا، إذ الفاسد ليس بنكاح شرعي.

تنبيه: يشترط أن تكون الموطوءة مثل الواطئ في الكمال، فيطأ الحرّ المكلف حرّة مكلفة، فلو وطئ الحرّ المكلف بنكاح صحصح رقيقة أو مجنونة فلا إحصان لهما. والله أعلم.

(قال): والكافر والمسلم الحران فيما وصفت سواء.

---

(1) أخرجه مسلم فى الحدود (12 - 14)؛ وأبو داود في الحدود (23)؛ والترميذي في الحدود (8)؛ وابن ماجه في الحدود (7)؛ والدرامي فى الحدود (19)؛ والإمام أحمد في 3/ 476 وفي 5/ 313، 317، 318، 320، 321، 327.

(2) ما بين المعكوفين صححناه من النسخة «ج».

(ش): يعنى أنه لا يشترط للإحصان الإسلام، بل يحصل الإحصان للذميين كما يحصل للمسلمين بالشروط السابقة، لأن النبي ﷺ رجم اليهوديين اللذين زنيا اقتداءً بقول الله تعالى ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾[1] فدلّ على أنهما قد أحصنا. فتحصن الذمية زوجها المسلم، كما يحصن الدميّ على المذهب المشهور لما تقدم، وعنه لا تحصنها لأنها أنقص منه، فأشبهت الرقيقة.

تبيينه: كثير من الأصحاب يفرض المسألة في الذميّ، وبعضهم زاد المستأمن، وهو واضح، لأن له ذمة، وكلام الخرقي يشمل كل كافر وتبعه على ذلك أبو البركات ولعله أمشى على قولهم إنّ حكم نكاح الكفّار حكم نكاح المسلمين.

وقال ابن حمدان: المجوس لا يتحصن بوطء ذات رحمه المحرم. والله أعلم.

(١) الآية ٤٩ من سورة المائدة.

﴿كِتابُ الصّداق﴾

(ش): الصداق: العوض الواجب في عقد النكاح أو ما قام مقامه، فالواجب يشمل المسمّى ومهر المثل إن لم يكن مسمّى، وما قام النكاح، ليدخل وطء الشبهة. وله ثمانية أسماء(١): الصداق، والنحلة، قال الله تعالى ﴿وَآتُوا النِّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾(٢) والأجر، والفريضة، قال سبحانه: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾(٣) والمهر. قال ﷺ: «فإن دخل بها فلها المهر استحلّ من فرجها»(٤) والعلائق، يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «أدّوا العلائق. قالوا: يا رسول الله وما العلائق؟ قال: مر يضى به الأهلون»(٥) والعُقر «بضم العين وسكون القاف» قال عمر - ﷺ -: «لها عُقر نسائها»(٦) والحِباء «ممدودًا بكسر الحاء» قال الشاعر:

أنكحها فقدها الأراقم ... في جنب وكان الحباء من آدم

والأصل في مشروعيته الإجماع، وقد دل عليه ما تقدم من الآيتين

(١) وعدّها أبو محمد تسعة، فضم إليها: الصدقة.
(٢) الآية ٤ من سورة النساء.
(٣) الآية ٢٤ من سورة السناء.
(٤) أخرجه البخاري في الطلاق (٣٣، ٥٣)؛ ومسلم في اللعان (٥)؛ وأبو داود في النكاح (٣٧) وفي الطلاق (٢٧)؛ وأخرجه الترمذي في النكاح (١٥) وفي الطلاق (٤٤)؛ والدرامي في النكاح (١١)؛ والإمام مالك في النكاح (٣٧)؛ وإمام أحمد في ٢/ ١١ وف ي٤/ ٣٣٢ وفي ٦/ ١٢٢.
(٥) أخرجه الإمام أحمد في ٦/ ٣٥٦.
(٦) أخرجه الدارمي في المناسك (٧٣).

وقوله﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾[1] الآية. وعن أنس «أن النبي ﷺ رأي عبد الرحمن بن عوف وعليه ودَعَ من زعفران.

فقال: مهيم. فقالك يا رسول الله ﷺ تزوجت امرأة. قال: ما أصدقتها؟ قال وزن نواة من ذهب»[2] رواه الجماعة.

تنبيه: ردْعَ[3] «بفتح الراء وسكون الدال المهملتين» أي لطخ وأثر لم يَعُمّه كله وروى درع.

ومَهيم «بفتح الميم» كلمة يمانية، أي ما هذا؟ وما شأنك؟

ووزن نوة، اسم لما زنته خمسة دراهم ذهبًا كان أو فضة كالأوقية للأربعين الأشهر، وقيل كانت قد نواة من المذهب قيمتها خمسة دراهم ونصف، وقيل ثلاثة دراهم وربع، وقيل: ربع دينار. والله أعلم.

(قال) : وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة، أو صغيرة، عقد عليها أبوها بأيّ صداق اتفقوا عليه فهو جائز إذا كان شيئًا له نصف يحصل.

(ش): وضع هذه المسألة أن الصداق يجوز بما اتفقوا عليه من قليل أو كثير، ولا يتقدر أقلّ بعشرة دراهم، ولا غيرها ولا أكثره. أما الأول فلما تقدم من حديث أنس - ﷺ-، ولظاهر قول تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾[4] والدرهم والدرهمان مال فيدخل في الآية الكريمة، وعن عامر بن ربيعة: «أَنَّ

---

(١) الآية ٢٤ من سورة النساء.

(٢) أخرجه البخاري في الجنائز (٩٤)؛ وأبو داود في النكاح (٢٩)؛ والنسائي في النكاح (٧٥)؛ والإمام أحمد في ٣/ ٢٧١ وفي ٤/ ١٧١، ٢٢٤.

(٣) الرَّدْعُ: اللطْخ الزعفران، وقميص رادع ومَردوع ومُردَّع، فيه أثر الطيب والزعفران، وفي حديث عائشة - رضي الله عنها-: كُفِّنَ أبو بكر - ﷺ. في ثلاثة أثواب، أحدها به رَدْع من زغفران أي لَطْخ لم يَعْمّه كله. لسان العرب: ٨/ ١٣١. مادة (ردع).

(٤) سورة النساء آية رقم (٢٤).

امْرَأَةً مِنْ بَنِي فَزَارَةَ تَزَوَّجَتْ عَلَى نَعْلَيْنِ فَقَالَ [رَسُولُ الله][1] ﷺ: أَرَضِيتِ مِنْ نَفْسِك بِنَعْلَيْنِ؟ قَالَتْ: نَعمْ. فَأَجَازَهُ رَسُولُ الله ﷺ». رواه أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه[2]. وعن جابر بن عبد الله- رضي الله عنهما-، أَنَّ النبي ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْطَى فِي صَدَاق امْرَاةٍ مِلْءَ كَفَّيْهِ سَوِيقًا أَوْ تَمْرًا فَقَدِ اسْتَحَلَّ». رواه أبو داود[3] وغيره. وقال النبي ﷺ للذي أراد أن يتزوج الموهوبة: «التمس ولو خاتمًا من حديد». ومعلوم أن الخاتم الحديد لا يساوي عشرة دراهم، وحمله على خاتم من حديد صيني يساويها، حمل لفظ على معناه النادر دون المعتاد لا سيما والتنكير في مثل هذا المقام للتقليل، ولكن الخرقي – رحمة الله – يشترط أن يكون له نصف يحصل فلا يجوز على فلس ونحوه حذارًا من أن يبتغي بغير مال، كما إذا طلّقها قبل الدخول وتبعه على ذلك ابن عقيل في الفصول وأبو محمد، وفسّره بنصف يتموّل عادة. وليس في كلام أحمد هذا الشرط، وكذا كثير من أصحابه، حتى بالغ ابن عقيل في ضمن كلام له، فجوّز الصداق بالحبة والثمرة التي ينتبذ مثلها ولا يعرف.

وأما الثاني فلظاهر قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً﴾[4] الآية. قال أبو صالح: القنطار مائة رطل، وهو عرف الناس اليوم، وقال أبو سعيد الخدري: «ملء مسك ثور ذهبًا» وعن مجاهد: سبعون ألف مثقال. وعن عمر: «أنه أصدق أم كلثوم ابنة عليّ أربعين ألفًا رواه أبو حفص مع أن هذا إجماع حكاه ابن عبد البر وغيره، لكن الأولى

---

(١) في نسخة «ج»: «النبي».

(٢) أخرجه الترمذي في صحيحه، كتاب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء: ٥/ ٣٢، ٣٣؛ والإمام أحمد في مسنده: ٣/ ٤٤٥، ٤/ ٢٩٨.

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب قلة المهر: ١/ ٤٨٦.

(٤) سورة النساء آية رقم (٢٠).

تقليل المهر وتخفيفه، لما روى عن عائشة – رضي الله عنها –، أن رسول الله ﷺ قال: «إن أعظم النكاح بركة أيسره مئونة» رواه أحمد[1]، وعن أبي الجعفاء قال: «لا تغالوا بصدق النساء فإنه لو كانت مكرمة في الدنيا وتقوى عند الله كان أولاكم بها النبي ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه، ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقيه». رواه الخمسة وصحّحه الترمذي[2].

وكماله عشرة دراهم، على ظاهر كلام القاضي أبي يعلى الصغير خروجًا من الخلاف.

واتفق الكل على أن المستحبّ أن لا يزيد على صداق أزواج النبي ﷺ وبناته تأسيًا به، وطلبًا لبركته، والاقتداء به، وهو من أربعمائة درهم إلى خمسمائة، لما تقدم عن عمر، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: «سألت عائشة – رضي الله عنها – زوج النبي ﷺ: كم كان صداق رسول الله ﷺ؟ قالت: كان صداقة لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشا قالت: أتدري ما النشا؟ قلت: لا. قالت: نصف أوقيه، فلتك خمسمائة درهم، هذا صداق رسول الله ﷺ لأزواجه» رواه مسلم.

وكلام أحمد في رواية حنبل، يقتضي أنه بلغه أن صداق [بنات النبي ﷺ][3] أربعمائة درهم.

وقد تضمن كلام الخرقي أن من شرط صحة التسمية الرضي ممن هو معتبر منه، ولا نزاع في ذلك، قال سبحانه: ﴿وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾[4] ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: «العلائق متراضي عليه

---

(١) رواه أحمد في مسنده: ٦/ ٧٧، ٩١؛ وفي السنن الكبرى للبيهقي: ٧/ ٢٣٥.

(٢) رواه الترمذي: ٤/ ٢٥٥، والدارمي: ٢/ ١٤١؛ وابن ماجه حديث رقم (١٨٨٧)؛ والنسن الكبرى للبيهقي: ٧/ ٢٣٤.

(٣) في نسخة «أ»: «بناته» والمثبت من نسخ «ج».

(٤) سورة النساء آية ٢٤.

الأهلون». ثم إن كان العاقد الأب وهي صغيرة فالرضى منوط به، وإن كانت بالغة رشيدة اعتبر رضاها، نعم للأب أن يزوجها بدون صداق مثلها كما تقدم في أول كتاب النكاح. والله أعلم.

تنبيه: وجوب المهر في ابتداء النكاح، هل هو حق لله تعالى أو للآدميّ؟ فيه وجهان.

أحدهما: أنه حق للآدمي، قاله القاضي في التعليق في ضمن مسألة: أقل الصداق، وفي تزويج الذمّيّ بغير مهر، وفي فساد المهر، وهو قول كثير من أصحابه في الخلاف، وبنوا عليه تزويج عبده من أمته ولا مهر، وذلك لأن يسقط بالعفو بعد وجوبه، ولو كان حقًا لله تعالى لما سقط.

والثاني: أنه حق الله تعالى، قاله القاضي أبو يعلى الصغير وابن عقيل في موضع، وهو قياس المنصوص في وجوب المهر، فيما إذا زوّج عبده من أمته، وذلك لأنه يجب مهر المثل للمفوّضة، وإن رضيت بسقوطه، وهذا هو مأخذ المفوّضة عند القاضي أبي يعلى الصغير والقاضي يجيب عن ذلك بأن إسقاط للحق قبل وجوبه، فلذلك لم يسقط. والله أعلم.

(قال): وإذا أصدقها عبدًا بعينه فوجدت به عينًا فردته به كان لها عليه قيمته.

(ش): إذا أصدقها عبدًا بعينه كأن قال: تزوجتك على هذا العبد، فوجدت به عيبًا، فإن لها ردّه، وإن كان العيب يسيرًا بلا نزاع بين أصحابنا فيما نعلمه كالبيع المعيب. فإذا ردّته فلها قيمته صحيحًا لأنها قد رضيت ببذل نفسها بذلك لا بما دونه، ولو كان الصداق مثليًا والحال هذه فردّته فلها مثله،

فإن اختارت الإمساك وأخذ الأرش كان لها ذلك على المشهور كالمبيع المعيب ونقل عنه مهنا ما يدلّ على أنه لا أرش مع الإمساك، وأظن هذا أصل الرواية المذكورة في البيع، ولعله ظاهر كلام الخرقي هنا وذلك لأن الأرش زيادة في الصداق لم يلتزمها الزوج ولا رضى بها، والأرش هنا – والله أعلم – قيمة الجزء الفائت، ولو كان الصداق على عبد في الذمة فسلّمه لها فوجدت به عيبًا فالواجب إبداله لا أرش ولا قيمة، لأنّا قد تبيّنّا أنه قد سلّم غير الواجب عليه، فالواجب باقٍ في ذمته فيجب دفعه.

ووقع لأبي محمد في عوض المكاتبة إذا بان معيبًا أنه يخيّر بين الرد والإمساك مع الأرش، وعوض الكتابة إنما يكون في الذمة وهو سهو. والله أعلم.

(قال): وكذلك إن خرج حرًا أو استحق، [سواء سلّمهُ إليها، أو لم يسلّمه[1]].

(ش): كذلك إذا تزوجها على عبد بعينه فخرج حرًا أو استحق بأن كان مغصوبًا ونحو ذلك، فإن لها قيمته لأنه قد تعذّر تسليمه، فوجب الرجوع إلى بدله، إذ البدل يقوم مقام المبدل عند تعذّره وتعتبر القيمة يوم التزويج. قاله القاضي في التعليق.

وقد تضمّن كلام الخرقي صحة النكاح، ولا نزاع في ذلك. وتضمّن كلامه أيضًا وكلام الأصحاب والإمام أنها إذا ردّت الصداقة بالعيب في المسألة السابقة، أو خرج حرًا أو مغصوبًا لأنها لا ترجع في مقابله وهو نفسها فيفسخ النكاح، ولا يجب لها بدل ذلك وهو مهر المثل، وعلّل بأنها رضيت بما سميّ لها فلا ترجع إلى بدله. وقد قال إن قاعدة المعاوضات خلافه هذا، لأنها متى فسخ

---

(١) من نسخة «ج».

في الثمن وتعذّر الرجوع في العين المبيعة فإنها ترجع ببدلها لا ببدل الثمن، وذلك كما إذا بيع عبد بثوب بشرط الخيار ثلاثًا، فأعتق المشتري العبد، أو تلف وفسخ البائع المبيع في الثوب على إحدى الروايتين، فإنه يرجع ببدل العبد لا بقيمة الثوب. وقياس هذا هنا أنه يرجع بمهر المثل. والقول بأنها رضيت بالصداق كذلك المشتري رضي بالثمن. وقد يجاب عن هذا بأن ثم إنما وجب بدل العبد، لا بدل الثوب، لأن العقد انفسخ، ومع الانفساخ يرجع كل واحد منهما إلى ما خرج عنه. وقد تعذّر الرجوع في العبد فيرجع ببدله لمكان العذر، وليس هنا كذلك إذا العقد لا ينفسخ بذلك لأنه لا يفسد بفساد الصداق ولا بعدمه فبكونه معيبًا أولى، وغايته أنه قد عدم الصداق في العقد، وذلك لا يفسده. وأبو العباس- رحمة الله – في بعض قواعده ينازع في هذا الأصل ويختار أن للمرأة الفسخ كما للبائع والمؤجّر الفسخ مع العيب والرجوع في العين المبيعة والمؤجرة والجامع أنه عقد معاوضة، بل هنا أولى، إذا المال والمنفعة يجوز بدلهما بغير عوض، أما النكاح فلا يجوز إلا بصداق ولأن للمرأة الفسخ إذا ظهر الزوج معسرًا قبل الدخول كما لو ظهراً معسرًا بالثمن فلها الفسخ إذا فات عيبه أو ظهر معيبًا بل أولى ألا ترى أن العيب يثبت الفسخ في المبيع بالإجماع.

وفي الإفلاس بالثمن بعد القبض فيه نزاع، والبدل يقوم مقام المبدل في الإتلاف لتعذر الأصل أما في العقود فالمقصود العين، فإذا لم يحصل فات الرضي المشروط.

والقول بأن الصداق تابع لا مقصود لا يجدي، فإن الله سبحانه عظّم شأن الصداق في كتابة، وأمر بإتائه، وعلّق الحل عليه، ونهى عن أخذ شيء منه إلا عند تعدّي الحدود، فشأنه أعظم من شأن الثمن والأجرة والوفاء به أوجب. قال النبي

ﷺ: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»(1) والله أعلم.

(قال): وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبدًا بعينه فلم يبع أو طلب به أكثر من قيمته أو لم يقد عليه فلها قيمته.

(ش): هذا منصوص أحمد - رحمه الله - في رواية الأثرم. وقال القاضي وأبو محمد وغيرهما، وهو دالّ بتضمنّه على أن التسمية صحيحة إذا غايته وقصاراه أنه أصدقها ملك الغير، وذلك لا يمنع الصحة، كما لو تزوجها على عبد فخرج حرًا، ولأن هذا غرر يسير فيحتمل، إذا المعاوضة في الصداق ليست بمحضة إذا المقصود الأعظم إنما هو الوصل والاستمتاع. ومقتضى كلام أبي بكر - رحمه الله - أن هذه التسمية لا تصحّ، قال في مقنعه: النكاح كالبيع لا يصح إلا على معلوم كالبيع ونحو ذلك، لأن عقد معاوضة فأشبه البيع، ودلّ بمنطوقه، على أنه متى لم يبع العبد سيّده أو طلب فيه أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه لإباقة أو غير ذلك أن لها قيمته لما تقدم في التي قبلها، وفيه البحث السابق في وجوب مهر المثل، وفي فسخ النكاح، وقد يقال في الزيادة اليسيرة غير المجحفة يلزم الشراء كما في نظائره.

و مقتضى كلام الخرقي أن لو قدر على الشراء فبذل القيمة لم يلزمها القبول، وهو اختيار أبي محمد، وقيل يلزمها، ولعله بناء على ما إذا أصدقها عبدًا موصوفًا وجاءها بقيمته. والله أعلم.

(قال): وإذا تزوجها على خمر أو ما أشبه من المحرّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل أو نصفه إن كان طلّقها قبل الدخول.

---

(1) أخرجه البخاري في الشروط (٦) وفي النكاح (٥٢)؛ وأخرجه مسلم في النكاح (٦٣)، وأبو داود في النكاح (٣٩)؛ والنسائي في النكاح (٤٢)؛ وابن ماجه في النكاح (٤١)؛ والدارمي في النكاح (٢١)؛ والإمام أحمد في ٤/ ١٤٤، ١٥٠، ١٥٢

(ش): إذا تزوجها على خمر أو ما أشبه من المحرّم كالخنزير والميتة والحال أنهما مسلمان فالنكاح صحيح ثابت على المشهور من الروايتين[1]، والمختار لجمهور الأصحاب الخرقي وابن حامد والقاضي والشريف وأبي الخطاب وابن عقيل وأبي محمد وغيرهم، حتى بالغ القاضي وأبو محمد فحملا الثانية على الاستحباب وذلك لإطلاق: «لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل»[2] صح النكاح، فكذلك إذا فسد ولأن النكاح قد يخلو عن مهر بدليل تزويج عبده من أمته، على اختيار القاضي وكثير من الأصحاب، وتزويج النبي ﷺ، وإذا انفرد عنه صح، وإن فسد الصداق كالعقدين.

والرواية الثانية لا يصح، واختار الخلاّل وصاحبه والجوزجاني، لظاهر قول الله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾[3] فجعل سبحانه الحال بالمال، وما ذكر ليس بمال، ولأن النكاح لا بد فيه من مهر وما رضي به لا يصح مهرًا، وما جعله الشارع وهو مهر المثل لم يرضيا به حيث سمّيا مهرًا وإذًا يبطل، وتزويجه ﷺ من خصائصه، وتزويج عبده من أمته ممنوع على المنصوص ولا تفريع على هذه الرواية، أما على الأولى فيجب لها مهر المثل لتعذّر المسمّى والرجوع في البضع، وإذن ينزل منزلة التالف فيجب قيمته وهو مهر المثل كالمبيع المقبوض بعقد فاسد.

وخرّج ابن أبي موسى قولاً أنّه يجب مهر مثل وقيمة غيره بناء على ما إذا جهلا ذلك، ونظرًا إلى أن الرضى شيء رضي ببدله، وهذا اختيار أبي العباس،

---

(١) وذلك لأنه نكاح لو كان عرضه صحيحًا كان صحيحًا، فوجب أن يكون صحيحًا وإن عرضه فاسدًا، كما لو كان مغصوبًا أو مجهولاً، ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدم ولو عدم كان العقد صحيحًا. (المغنى والشرح الكبير: ٨/ ٢٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الآية ٢٤ من سورة النساء.

وظاهر إطلاق أحمد في رواية الأثرم إذا تزوج على شيء بعينه فطلب ذلك الشيء فلم يقدر عليه أما مملوك فعتقه أو رفعوا في ثمنه وبلغوا به فلها قيمته، فقيل له ولا يكون لها صداق مثلها. فقال: كيف وقد تزوجت على صداق بعينه، إنما ذلك إذا تزوجها على حكمها فاختلفا. انتهى.

ولو طلّقها والحال هذه قبل الدخول وجب نصف مهر المثل لا المتعة، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله، والخلاف فيه.

وقول الخرقي: وهما مسلمين، يحترز به عما إذا كانا كرفرين، وقد تقدم له ذلك في نكاح أهل الشرك. وقوله: على خمر وما أشبه من المحرم، يحتمل، وما أشبهه من الخمر من محرّم تحريمه لحق الله تعالى كالخنزير والحر، فيخرج ما كان تحريمه لحقّ الآدمي كالمال المغصوب ونحوه فإن يصح بلا نزاع، وهذا اختيار الشيخين، وبالغ أبو محمد فحكى الاتفاق عليه ويحتمل وما أشبه الخمر في التحريم فيدخل ما تقدم.

وبهذا صرح به أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى وابن عقيل وأبو الخطاب وغيرهم، وهو مقتضى نص أحمد الذي أخذ منه البطلان في الأصل، ومما يتبع ذلك أن الصداق لو فسد بجهالة أو عدم لا يفسد النكاح، وهو المعروف، حتى قال جماعة رواية واحدة. وشذّ الشاشي في الحلية فحكى عن أحمد أن النكاح يفسد بجهالة العوض، وهو مقتضى إطلاق أبي عبد الله بن تيمية حيث قال: فإن فسد الصداق لم يؤثّر في النكاح على المشهور من الروايتين.

تنبيه: محل الخلاف فيما إذا علما بذلك، أما إن جهلاه فإن النكاح يصح. قاله ابن أبي موسى والقاضي، والشيخان وغيرهما. والله أعلم.

(قال): إن تزوجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزًا، فإن طلّقها

قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين ولم يكن على الأب شيء مما أخذ.

(ش) : إذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها جاز ذلك ولزم الشرط والعقد، نص على هذا أحمد معلّلاً بأن له أن يأخذ من مال ابنه ما شاء وهو المذهب عند الأصحاب: القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب والشيخين وغير واحد، وذلك لقصة شعيب عليه السلام ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾[1] فشرط الصداق رعي غنمه، وذلك شرط لنفسه، وإذا جاز اشتراط كل الصداق فبعضه أولى، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نسخه. وأيضًا عموم قول النبي ﷺ: «أن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» المسلمون عند شروطهم ثم يدل على صحة هذا الشرط بخصوصه بقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» وإنما يكون الابن لأبية بمعنى أن منفعته له، ومن له المنفعة له أن يستوفيها بنفسه وبغيره.

والقول بان المال لا يتبعه حتى يقبضه، يجاب عنه بأن ثوب الولاية هنا على الإيضاع بمنزلة القبض.

وحكى أبو عبد الله بن تيمية رواية أخرى تبطل الشرط وتصح التسمية.

وقيل يبطل ويجب مهر المثل، وعلى المذهب إذا قبضا الألفين ووجد الطلاق قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين، إذا الطلاق قبل الدخول يوجب ذلك، ولا شيء على الأب للزوج، لأن إنما أخذ من مال ابنته ولا للبنت إذا ما انتفع به من مال ولده لا يضمنه.

ومقتضى كلام الخرقي أن غير الأب ليس له كذلك، وهو صحيح فلا يصح اشتراطه، ويكون الجميع لها على المذهب. وقيل تبطل التسمية ويجب لها مهر المثل،

---

(١) الآية ٢٧ من سورة القصص.

وعموم كلام غيره يقتضي أنه يصح اشتراط الأب في جميع أحوال البنت، وظاهر إطلاقه أنه لا يشترط لجواز اشتراط الأب فيما تقدم أن لا يكون الأخذ مجحفًا بمال ابنته[1] وهو ظاهر إطلاق أحمد والقاضي في تعليقه، وأبو الخطاب وطائفة، وشرط ذلك القاضي في المجرد، وابن عقيل وأبو محمد في المغني، وأشار أبو العباس إلى ضعف ذلك بأنه لا يتصور الإجحاف لعدم ملكها له، وعلى ما في المجرد ومتابعيه إذا لم يوجد الشرط حكم الأب إذن حكم الأجنبي.

تنبيهان: أحدهما: حكم اشتراط الأب للكل حكم اشتراطه للبعض، قاله القاضي وغيره، فلو وجد الطلاق والحال هذه قبل الدخول وبعد القبض رجع عليها بنصف المسمّى إذا أخذ الأب إنما هو من مالها. قاله القاضي ولأبي محمد احتمال أنه يرجع على الأب بنصف ما أخذ، وهكذا الخال لو ارتدت في مسألة الخرقي، هل يرجع على الأب بألف أو عليها بالمجموع؟ على القولين.

الثاني: يملك الأب ما اشترط بنفس العقد كما تملك هي حتى لو مات قبل القبض ورث عنه، لكن يقدر فيه الانتقال إلى الزوجة أولاً ثم الانتقال إليه، كأعتق عبدك عن كفّارتي، ذكر ذلك ابن عقيل في العمدة. وعن القاضي وأبي محمد إنما يملك ذلك بالقبض مع النية، وضعف بأنه يلزم منه بطلان خصيصة هذه المسألة. ويتفرع من هذا على قول أبي محمد: لو وجد الطلاق قبل القبض فلأب أن يأخذ من الألف التي استقرت ما شاء، والقاضي يجعل الألف بينهما نصفين كجملة الصداق. والله أعلم.

(قال): وإذا أصدقها عبدًا صغيرًا فكبر ثم طلّقها قبل الدخول، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد، أو تدفع إليه نصفه زائدًا،

---

(١) وذلك لأن الشرط إذا بطل احتجنا أن نردّ إلى الصداق ما نقصت الزوجة لأجله، ولا يعرف قدره، فيصير الكل مجهولاً فيفسد. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٦).

إلا أن يكون يصلح صغيرًا لما لا يصلح له كبيرًا، فيكون لها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد إلا أن شاء أخذ ما بذلته له من نصفه.

(ش): أعلم أنه قبل الخوض في كلام الخرقي نشير إلى قواعد:

أحدهما: أن المذهب المنصوص المعروف المجزوم به عند الأكثرين، أن المرأة تملك الصداق جميعه بالعقد لظاهر قول النبي ﷺ في قصة الموهوبة: «أزارك إن أعطيتها جلست وإلا إزار لك» وأيضًا قوله تعالى: ﴿وَآتُواْ النَّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾(١) وظار الأمر بإتياء الجميع، ولأن عقد يملك به المعوض بالعقد فملك به العوّض كاملاً كالبيع.

وحكى القاضى وطائفة من تابعيه رواية أنها لا تملك إلا نصفه وأخذها القاضي في تعليقه وغيرها من رواية ابن منصور وقيل له سئل سفيان، عن رجل تزوج امرأة على خادم، ثم زوّجها غلامه فولدت أولادًا ، فطلّق امرأته قبل الدخول، فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها.

قال أحمد: جيد قال القاضي: وظاهر هذا أنه لم يحكم لها بملك جميعه، لأن جعل لها نصف النماء، ولا تفريع على هذه الرواية مع أن أبا البركات لم يعرج عليها، بل ظاهر كلامه إجرؤها على ظاهرها، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

القاعدة الثانية: إذا زادت العين المصدّقة، فلا يخلو إما أن تكون الزيادة متّصلة كالسمن وتعلّم صناعة، أو منفصلة كالولد والكسب، فإن كانت متّصلة فالمرأة مخيّرة بين دفع النصف زائدًا فيكون ذلك إسقاط لحقّها من الزيادة، ويلزم الزوج القبول الحصول حقّه مع زيادة لا تضرّ ولا تتميز، وبين دفع نصف القيمة، إذ الزيادة لها، لأنها نماء ملكها فلا يلزمها بذلها، وإذا

(١) الآية ٤ من سورة النساء.

[تعذّر][1] دفع الأصل(*) فيصار إلى القيمة.

وخرّج أبو البركات رواية بوجوب دفع النصف بزيادته من الرواية الآتية في الزيادة المنفصلة، وهو واضح. قد يقال إنه قياس البيع ونحوه وقد أولع الفقهاء بقولهم: إن الزيادة المتصلة تتبع الفسوخ والعقود. وقد فرّق أبو محمد بين هذا البيع بأن سبب الفسخ ثم العيب وهو سابق على الزيادة وسبب نصف المهر الطلاق وهو حادث بعد الزيادة وبأن الزوج ثبت حقه في نصف المفروض دون العين، ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها بخلاف المبيع المعيب، والمفروض لم يكن زائدًا فلم يتعلّق حقّه به، والمبيع تعلّق حقّه بعينه، فتبعته زيادته، ويعترض على الأول بأنه لا أثر لتقدّم السبب، إذا الفسخ للعقد من حينه على المذهب، فهو كالطلاق رفع للنكاح من حينه، وعلى الثاني بان نصف المفروض هو نصف غير ما أصدقها، فحقّه في الحقيقة تعلّق بنصف العين، وكونه إذا وجدها ناقصة له الرجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها ممنوع بل الرجُوع في ذلك وأخذ الأرش على ما سيأتي. وقد يفرّق بأن في البيع لما اختار المشتري الفسخ من غير أن يمكنه أخذ الزيادة فقد رضي بإسقاطها بخلاف هنا، فإن الفسخ جاء للمرأة بغير اختيار، فلا يجب عليها بذل ملكها بغير رضاها، وقد يعترض على هذا بما إذا كان الفسخ من جهتها.

وأعلم أن محل التخيير إذا كانت المرأة جائزة التبرع في مالها، فإن لم تكن كالصغيرة والسفيهة المفلسة تعيّن للزوج نصف القيمة، ويشارك في الفلس الغرماء لامتناع التبرّع من جهتها، وإن كانت الزيادة منفصلة كالولد الحادث بعد النكاح والثمرة ونحو ذلك، فالزيادة للمرأة وللزوج نصف الأصل لأنها نماء ملكها، ولأن الله سبحانه وتعالى إنما جعل للزوج نصف المفروض، والنماء ليس مفروضا.

---

(١) من نسخة «ج».

(*) من هذا الموضع يبدأ سقط مقداره صفحه تقريبًا في نسخة «ج».

وحكى أبو البركات رواية أن الزوج يرجع بنصف الزيادة وكأن أخذها من رواية ابن منصور المتقدمة، وقد تعلّل بأن الطلاق رفع للعقد من أصله تقديرًا، وليس بشيء، ولعل الرواية التي في البيع أخذت من هنا، وفي هذه الرواية بحث ليس هذا موضعه.

وبالجملة أبو محمود يستثنى من النماء المنفصل ولد الأمة فلا يجوز للزوج الرجوع في نصف الأمة حذارًا من التفريق في بعض الزمان، وظاهر كلام جماعة من الأصحاب، وصرح به القاضي في التعليق عدم الاستثناء.

القاعدة الثالثة: إذا نقص الصداق بعد القبض ثم طلّقت قبل الدخول فإن الزوج يخيّر بين أخذه ناقصًا وبين أخذ نصف قيمته، لأن إن اختار أخذه، فقد رضي بإسقاط حقه، وله ذلك، وإن اختارت نصف القيمة فله ذلك، لأن في قبوله ناقصًا ضرر عليه وإن منفيّ شرعًا، وإذا اختار أخذ النصف ناقصًا، فهل له لأرش النقص؟ وهو مختار القاضي في تعليقه كالمبيع المعيب أو لا أرش له كواجد متاعه عند المفلس، وهو اختيار الأكثرين فيه قولان إذا تقرر هذا فقول الخرقي إذا أصدقها عبدًا صغيرًا فكبر ثم طلّقها قبل الدخول، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد أو تدفع إليه نصفه زائدًا مبنيّ على أنها ملكت الصداق بالعقد، وإذن الزيادة حدثت على ملكها، فتخيّر بين دفع النصف زائدًا، وبين دفع نصف قيمته، ولكن متى يعتبر القيمة، اعتبرها الخرقي وتبعه أبو محمد في الكافي والمغني، وابن حمدان، وأطلقوا بيوم العقد وحرر ذلك أبو البركات فجعل ذلك في المتميز إذا قلنا على المذهب يضمنه بالعقد، وعلى هذا يحمل قولهم، إذا الزيادة في غير المتميّز صورة نادرة، ولذلك علّل أبو محمد بأن ضمان النقص، لأن ما نقص بعد العقد والحال هذه فهو على الزوج، وما زاد فهو لها، ثم إن أبا البركات أوجب القيمة يوم الفرقة بصفته وقت العقد لأن وقت الاستحقاق.

وكلام الخرقي يقتضي وجوب القيمة يوم العقد بصفته إذ ذاك، ولأبي البركات تحرير آخر، وهو أن الواجب قيمة النصف لأن الله سبحانه جعل له نصف المفروض، وإذا تعذّ رجع في بدله، وهو نصف قيمته. والخرقي وجماعة جعلوا الواجب نصف القيمة. انتهى.

وقوله: إلا أن يكون يصلح صغيرًا لما يصلح له كبيرًا فيكون له نصف قيمته يوم وقع عليه العقد إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه مبنيّ على القاعدة الثالثة، وهي ما إذا تغيّب الصداق، فإذا كان العبد يصلح صغيرًا لشيء لا يصلح له كبيرًا، كما إذا كان يقبل تعليم صناعة ونحوها، وبالكبير امتنع ذلك منه، فإن قد تغيب فيخّير الزوج بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ ما بذلته له من نصفه. واعتبر الخرقي أيضًا القيمة بيوم العقد، واعتبرها القاضي بيوم القبض. وفصّل أبو البركات التفصيل السابق، فكأنه حمل القاضي على غير المتميز.

وكلام الخرقي يقتضي أن المرأة لها الامتناع من بذل النصف والحال هذه، ولم أره لغيره ولا قاعدة المذهب تقتضيه إذا لواجد متاعه معيبًا عند المفلس له الرجوع فيه ولا يتوقف ذلك على رضي الغرماء مع أنه إنما جاز له الانتقال إلى القيمة دفعًا للضرر عنه، فإذا رضي بالضر فحقّه في العين بحالة. والله أعلم.

(قال) : ولو اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا بينّة على مبلغه كان القول قولها ما لم يجاوز مهر مثلها.

(ش): هذا إحدى الروايات واختيار عامة الأصحاب والخرقي والقاضي والشريف وأبي الخطاب، وابن عقيل والشيرازي وغيرهم، لأن القول قول من الظاهر في جنبته، والظاهر والحال هذه في جنب المرأة، لأن الظاهر وقوع النكاح على مهر المثل، وعلى هذه لو ادّعت هي أكثر من مهر المثل وادّعى الزوج مهر

المثل أو أزيد منه أو نقص منها، فالقول قول[1]، ولم يذكر أحمد اليمين فخرّج أصحابه في وجوبها وجهين بناء على أنه دعوى فيما يتعلق بالنكاح مع كونه مالاً، فمن نظر إلى المال أوجب اليمين، ومن نظر إلى أن النكاح غير مال لم يوجبها، وهذا قول القاضي أظنه في المجرد، والأول اختيار الخطابي في الهداية، وأبي محمد، وبه قطع أبو الخطاب والشريف في خلافيهما، ولو كان دعوى الزوج أقل من مهر المثل، ودعواها أكثر من مهر المثل رد إليه، وهل تجب اليمين إن أوجبناها فيما تقدم ظاهر كلام الأكثرين من الأصحاب لا، وكذلك قال أبو محمد، ولم يذكر أصحابنا يمينًا.

قلت: وقد صرّح بذلك أبو الخطاب في خلافة الصغير، وهو مقتضى ما حكاه عن شيخه في الهداية، وذلك لأن اليمين على حسب الدعوى، وكل منهما لا يستحق ما ادّعاه، فلا يحلف عليه.

وقال في المغنى والأولى أن يتحالفا. وكذلك قال في الكافي: ينبغي أن يحلف الزوج على نفي الزائد عن مهر المثل، وتحلف هي على[*] إثبات ما نقص منه، وهذا مقتضى قول أبي الخطاب في الهداية.

والرواية الثانية: القول قول الزوج مع يمينه لأن منكر، فيدخل في عموم قول النبي ﷺ: «واليمين على من أنكر»[2].

والرواية الثالثة: حكاها الشيرازي، يتحالفان، لأن اختلاف في عوض بمستحق عقد ولا بيّنة، فيسوغ التحالف كالمتابعين، وقول الخرقي: بعد العقد،

---

(١) وذلك قياسًا على المنكر في سائر الدعاوى، وعلى المودع إذا ادّعى التلف أو الرد، ولأنه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه، ولأن القول بالتحالف يقضي إلى إيجاب أكثر مما يدّعيه أو أقل مما يقرّ لها به (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٤٠).

(*) سبق تخرجي الحديث.

(٢) إلى هنا انتهى السقط الحادث في نسخة «ج».

للتنصيص على مخالفة مذهب مالك – رحمه الله – في قول: إن التحالف إن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا، وبعده القول قول الزوج.

وقوله في قدر احتراز مما إذا اختلفا في عينه، كما إذا قال: أصدقتك هذا العقد. قالت: بل هذه الأمة. والحكم فيه أنه على الخلاف السابق، إلا أن الواجب قيمة لا شيء المعيّنين على أحد الوجهين، وهو مقتضى احتراز الخرقي، وأورده أبو البركات مذهبًا، لأنه إن أخذ بقول الزوج فيلزم من إيجاب معيّنة أن يدخل في ملكها ما لم تدعه، وإن أخذ بقولها فإنما قبل قولها في المهر لموافقة الظاهر، وذلك أجنبي عن التعيين، والثاني إن كان معيّن المرأة أعلى قيمة، وهو كمهر المثل أو أقل، وأخذنا بقولها أعطيته لأن لما قبل قولها في القدر تبعه التعّين. والله أعلم.

(قال): وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضًا قولها قبل الدخول، وبعده ما أدعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببيّنة ببراءته منه.

(ش): لأنها منكرة، والأصل معها، والقول قول المنكر. قال النبي ﷺ: «ولكن اليمين على المدعي عليه» والقول قول مدعي الأصل. وقول الخرقي: قبل الدخول وبعد، احتراز من قول مالك[1] والفقهاء السبعة إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج، وقوله: ما ادّعت مهر مثلها بناء على ما تقدم له والله أعلم.

(قال): وإذا تزوّجها بغير صداق لم يكن لها عليه إذا طلّقها قبل الدخول إلا المتعة.

(ش): قد تقدم للخرقي – رحمه الله – فيما إذا تزوجها على محرّم كالخمر ونحوه ثم طلّقها قبل الدخول أن لها عليه نصف المهر، وقال فيما إذا فقد

(١) قال أصحاب مالك: إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة. (المغني والشرح والكبير: (٨/ ٤٣).

الصداق: أن لها عليه المتعة فقط. وهذا إحدى الروايات عن أحمد، واختيار ابي محمد والشيرازي لقول تعالى ﴿لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[1] نفى سبحانه الجناح من جهة الفرض عن التي لم تمسّ إلا أن يفرض لها فريضة، وأوجب لها المتعة، ثم أوجب بعد للمفروض، لها نصف المفروض، وإطلاق الآيتين يشمل من فرض لها مطلقًا إلا أنه لّما لم يمكن إعطاء نصف المفروض في التسمية الفاسدة وجب نصف بدله وهو نصف مهر المثل.

والرواية الثانية لا يجب إلا المتعة في الصورتين، وهو اختيار الشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، وأبي البركات، إذا التسمية الفاسدة وجودها كالعدم فهي لم يفرض لها، فلا يجب لها إلا المتعة لما تقدم.

والرواية الثالثة وهي أضعفها: يجب نصف مهر المثل فيهما، وظاهر الأي يخالف ذلك.

تنبيهان: أحدهما: اختلف العلماء في تقدير الآية الكريمة السابقة، فمنهم من قدّر «تفرضوا» معطوفًا على المجزوم، أي ما لم تمسوّهن أو ما لم تفرضوا لهن، واستشكل بأنه يصير معناه: لا جناح عليكم فيما يتعلق بمهور النساء في مدّة انتفاء أحد هذين الأمرين، مع أنه إذا انتفى الفرض دون المسيس لزم مهر المثل، وإذا انتفى المسيس دون الفرض لزم نصف المسمىّ، ومنهم من قدّره منصوبًا بأن مضمره واو بمعنى إلاّ، أي ما لم تمسّوهن إلاّ أن تفرضوا لهن فريضة أو إلى أن تفرضوا لهن فريضة. وهذا قول الزمخشري وهو جيد. ومنهم من جعل أو بمعنى الواو، أي مال تمسّوهن وتفرضوا لهن. وهذا أيضًا في المعنى صحيح.

الثاني: تخصيص الخرقي هذه بوجوب المتعة ظاهره أنه لا متعة لغيرها

---

(١) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة.

وهو المشهور عن أحمد والمختار للأصحاب من الروايات لأن الله سبحانه قسم النساء قسمين، فجعل للتي لم يفرض لها ولم يسمّ المتعة وجعل للمفروض لها نصف المفروض. وظاهر أنه لا زيادة لها على ذلك [العموم: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ﴾[1] أو تحمل هذه الآية على الاستحباب. وكذلكَ قول النبي ﷺ: «أمتعكن»][2] ونقل عنه حنبل: لكل مطلَّقة متاع للآيتين الكريمتين، وإليها ميل أبي بكر. وقال: العمل عليها عندي لو لا تواتر الروايات عنه بخلافها، وعن أحمد رواية ثالثة: والله أعلم.

(قال): ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾[3] فأعلاها خادم، وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلّي فيها إلا أن يشاء أو يزيدها أو تشاء هي أن تنقصه.

(ش): متى تراضيا في المتعة على شيء اتبع ما تراضيا عليه إذا كانا من أهل التراضي، إذا الحق لهما لا يعدوهما وإن تنازعا رجع الأمر إلى الحاكم، فيعتبر حال الزوج فيجعل على الموسع قد سعته وعلى المقّتر قدر قتره، للآية الكريمة ثم المشهور.

والمختار من الروايات للخرقي والقاضي وجماعة من أصحابه أنها مقدرة الأعلى والأدنى، فأعلاها خادم وأدناها كسوة يجزئها أن تصلي فيها، لأن ابن عباس ترجمان القرآن قال: «أعلى المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة» رواه أبو حفص بإسناده. وعن عبد الرحمن بن عوف: «أنه طلّق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء يعني متّعها».

وإنما شرطنا في الكسوة أن تجزيء في الصلاة حملاً على الكسوة الواجبة بمطلق الشرع، وهي الكسوة في الكفّارة.

---

(١) الآية ٢٤١ من سورة البقرة.
(٢) ما بين المعكوفين ساقط من نسخة «ج»، ونسخة «د».
(٣) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة.

والرواية الثانية يرجع في اجتهاد الحاكم في ذلك، لأن التقدير من الشرع ولم يرد.

والرواية الثالثة وهي أضعفها، وهي متاع بقد نصف مهر المثل لأنها بدل عنه، ولا تليق هذه الرواية بمذهب أحمد لأنه تنفي حينئذ فائدة اعتبار الموسع والمقتّر، ولا تبقى فائدة في إيجاب نصف مهر المثل أو المتعة إلا غايته أن ثم الواجب من النقدين. وهنا الواجب متاع.

وهذه الرواية أخذها القاضي في روايته من رواية الميموني وسأله: كم المتاع؟ فقال: على قدر الجدة وعلى من قال تمتع بنصف صداق المثل لأنه لو كان فرض لها صداقًا كان لها نصف الصداق.

قال القاضي وظاهر هذا أنا غير مقدّرة، وأنها معتبرة بيساره وإعساره.

وقد حكى قول غير أن قدرها نصف مهر المثل ولم ينكره، وظاهر هذا انه مذهب له. انتهى.

وهذا في غاية التهافت لأن إنما حكى مذهب غيره بعد أن حكى مذهبه، وإنما تقول على قول أنه إذا حكى عن غيره قولاً يكون مذهبًا له، إذا لم يبين في تلك الحكاية مذهبه، ثم يلزم من هذا أن يكون قال قولين مختلفين في وقت واحد والله سبحانه أعلم.

(قال): وإن طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك.

(ش): إذا طالبته المرأة التي لم يفرض لها قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك لا، حقها ثبت بالعقد إذا النكاح لا يخلو من مهر.

وظاهر كلام الخرقي أن هذه المطالبة عند الحاكم، لأنه الذي إليه الإجبار، وإذا يفرض مهر المثل لأنه بدل البضع فيقدّر به كالسلعة إذا تلفت، فلو كانت المطالبة بغير حضرة الحاكم جاز ما اتفقا عليه، إذا الحق لهما لا يعدوها. والله أعلم.

(قال): فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غير، وكذلك إن فرض لها اقل منه فرضيت به.

(ش): قوله فرض، ويحتمل أنه مبنيّ للمفعول، والضمير راجع إلى الحاكم ويرشحه أنه ساق ذلك بعد الإجبار، والإجبار مختص بالحاكم، ويحتمل أنه مبنيّ للفعل والضمير راجع إلى الزوج، ويرجّحه أن الضمير في قوله: وكذلك إن فرض لها أقلّ منه فرضيت به له، لأن الحاكم لا يفرض إلا مهر المثل، فعلى الثاني متى فرض لها الزوج مهر المثل لم يكن لها غيره لأنه الذي وجب لها بالعقد، وكذلك إن فرض لها أزيد منه بطريقة الأولى، لكن قال أبو محمد: ولا يستقر لها ما لم ترض به.

وفائدة عدم استقراره أن لو مات قبل الدخول كانت باقية عل عدم الفرض، فيجب لها المتعة، وإن فرض لها أقل من مهر المثل فرضيت وهي ممن يعتبر رضها فلا شيء لها غيره، لأن الحق لها، وإن لم ترض رفع الأمر إلى الحاكم، وعلى الاحتمال الأول، وكذلك قد يجيء على الثاني، إذا طلّقت قبل الدخول لم يكن لها على ظاهر كلام الخرقي إلا نصف ما فروض لها، وهو إحدى الروايتين اعتبارًا بحالها الراهنة، وهي إذن مفروض لها فتدخل تحت قوله سبحانه ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾(١).

والرواية الثانية يسقط ما فرض لها وتجب المتعة نظرًا إلى حالها في حال الابتداء. والله أعلم.

(قال): ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها.

(ش): قيّد الشيخ – رحمه الله– هذا الحكم بقبل الإصابة وقبل الفرض،

---

(١) الآية ٢٣٧ من سورة البقرة.

لأن ذلك محل التردد والخلاف، ولا نزاع في الإرث لعموم ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾[1] الآية. وهذه زوجته بلا ريب، وأما تكميل المهر فهو المذهب بلا ريب، لما روى عن عبد الله بن مسعود - ﷺ - «أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقًا، ولم يدخل بها حتى مات. فقال ابن مسعود: لها صداق مثله لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث. فقام مَعْقِلُ بْنُ سِنانٍ الْأَشْجَعِيُّ فقال: قَضَى رَسُولُ الله ﷺ في بَرْوَعَ بنْتِ وَاشِقٍ أمرة من مِثْلِ ما قضيت، ففرح بها ابن مسعود». رواه الخمسة[2]، وصححه جماعه منهم الترمذي وهذا لفظه.

وعن أحمد رواية أخرى: لا يجب لها إلا نصف مهر المثل قياسًا لفرقة الموت على الطلاق، وهو باطل بالنص، بأن الموت يتم به النكاح ولذلك وجبت العدة به قبل الدخول، وكمل به المسمّى، بخلاف الطلاق فيهما. انتهى.

وإذا أوجبنا المهر فإن الواجب مهر نسائها، كما في الحديث، أى أقاربها، ثم هل يعتبر جميع أقاربها من قبل الأب والأم كأختها وعمّتها وبنت أخيها، وكأمّها وخالتها، وهو اختيار أبي بكر وأبي الخطاب والشريف في خلافيهما، والشيرازي لعموم الحديث.

أولا يعتبر إلا نساء العصبات كأختها ونحوها، وهو اختيار أبي محمد قالك لأن في بعض الروايات مهر نساء قومها ولأن الشرف معتبر في المهر، وشرف المرأة بنسبها، وذلك بالأب لا بالأم على روايتين.

(قال) أبو محمد: وينبغي أن يعتبر الأقرب فالأقرب من نساء العصبات

---

(١) الآية ١٢ من سورة النساء.

(٢) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١٨)؛ وأبو داود في النكاح (٣١)؛ والدارمي في النكاح (٤٧)؛ والإمام أحمد في ١/ ٣٤١.

فتدم أخواتها، ثم عمّاتها، وعلى ذلك، وتعتبر المساواة في العقل والدين والجمال، وكل ما يختلف به المهر حتى لو كان عادتهم التأجيل فرض مؤجلاً في أحد الوجهين، وفي الآخر لا يفرض إلاّ حالاً لئلا يخالف نظائره وهو إبدال المتلفات. والله أعلم.

(قال): وإذا خلا بها بعد العقد فقال: لم اطأها. وصدقته لم يلتف إلى قولها، وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورهما إلا في الرجوع إلى زوج طلّقها ثلاثًا، أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان.

(ش): الخلوة بالمرأة بعد العقد في الجملة حكمها حكم الدخول استقرار المهر وإن لم يطأ على المذهب المعروف بلا ريب لما روى الإمام أحمد بسنده عن زراره بن أوفى قال: «قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابًا وأرخى سترًا، فقد وجب المهر، وجبت العدة»[1] ورواه أيضًا عن عمر وعليّ، وهو مشهور عنهما، وكذلك عن زيد بن ثابت عليها العدة، ولها الصداق، وهذه قضايا اشتهرت ولم ينقل إنكارها فكانت حجة، وقيل عن أحمد رواية أخرى: أن المهر لا يتقرر إلا بالوطء. ويحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس – رضي الله عنهما– لقول سبحانه: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[2] المطلّقة قبل الدخول وقبل الوطء لم تمسّ. ومثله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[3] الآية وأيضًا قوله تعالى:

---

(١) أخرجه الترمذي في التفسير (سورة ٦٣/ ٢)؛ والنسائي في الطهارة (٨٢)؛ والإمام أحمد في ١/ ٣٠٨ وفي ٤/ ٩٠ وفي ٦/ ٦٢، ٤٠٠.

(٢) الآية ٢٣٧ من سورة البقرة.

(٣) الآية ٤٩ من سورة الأحزاب.

﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾[1] علّل سبحانه منع الأخذ بالإفضاء، والإفضاء الجماع، والمعلّل بوصف عدم عند عدمه. وأجيب بالطعن فيما روى عن ابن عباس وابن مسعود [رضي الله عنهم]. قال أحمد في حديث ابن عباس، ويرويه ليث: وليس بالقوى. وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث، وحنظلة أقوى من ليث. وقال ابن المنذر في حديث ابن مسعود: منقطع وأما آيتا المسّ فيحتمل أن المراد بالمسّ حقيقته. وكنى به عن سببه وهو الخلوة ويحتمل أن المراد به حقيقته أو الجماع. وغايته أن يدل على أنه قبل المسيس لا يتكمل المهر فلا تجب العدة، وهو شامل للخلوة ولغيرها خرج منه الخلوة بقضاء الصحابة. وأما آية الإفضاء فلا نسلم أن المراد بالإفضاء الجماع، بل المراد الخلوة نظرًا إلى حقيقته، إذ هو مأخوذ من الفضاء، وهو المكان الخالي، وكذلك يحكى عن الفراء أن المراد بالإفضاء الخلوة، ولو سلم أن ذلك كناية عن الوطء، فإن المراد. والله أعلم. التشنيع، والمبالغة في الانتهاء عن الأخذ في مثل هذه الحال، أي كيف تأخذونه وقد حصل مباضعتكم لأزواجكم، ومثل ذلك لا يتعجب منه وينكره أهل المروءات إذا تقرر هذا، فقول الخرقي: وإذا خلا بها معنى الخلوة أن يخلو بها بحيث لا يحضرها غير مسلم، ولو أن أعمى أو نائم، قاله ابن حمدان في رعايتيه، وقوله: بعد العقد، يشمل العقد الصحيح والفاسد، وهو منصوص أحمد، ومختار عامة أصحابه لعموم قضاء الصحابة، ولأن الابتذال يحصل بالخلوة في العقد الفاسد كما في الصحيح، وخالفهم أبو محمد فاختار عدم الوجوب في النكاح الفاسد نظرًا إلى أن العقد ليس بموجب، وإنما الموجب الوطء ولا وطء.

---

(١) الآية ٢١ من سورة النساء.

وقوله: فقال: لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما، دفعاً لوهم من يتوهّم أن الحق لها فيسقط برضاها وذلك لأن الخلوة يتعلق بها أيضًا حق لله تعالى كالعدة ونحوها، ثم قضاء الصحابة مطلق، ونقل عنه ابن بختان إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل الصداق وعليها العدة. إذا الصدق محض حقها.

وقوله: وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها إلا في الرجوع إلى زوج طلّقها ثلاثًا، أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان، يعنى في استقرارا المهر كما تقدم، ووجوب العدة لقضاء الصحابة، وفي تحريم أختها وأربع سواها إذا طلّقها حتى تنقضي عدتها قياسًا على ما تقدم لوجود مظنّة الوطء، وفي ثبوت الرجعة له عليها في العدة، وإن ادّعى أنه ما وطئها. على المنصوص والمختار للعامة، لعموم: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾[1] ولم يثبت أبو بكر الرجعة بالخلوة، وفي نشر حرمة المصاهرة، وهو إحدى الروايتين، والمشهور خلافها حملاً لدخوله في قوله تعالى﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[2] على الوطء.

واستثنى الخرقي الجوع إلى المطلق ثلاثًا، ولحديث امرأة رفاعة القرظي في الوطء «لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[3]. واستثنى أيضًا الإحصان فلا يثبت بها، لأن النبي ﷺ قال: «الثّيب بالثّيب»[4] والبينونة لا تحل إلا بالوطء،

---

(١) الآية ٢٢٨ من سور البقرة.

(٢) الآية ٢٣ من سورة النساء.

(٣) أخرجه البخاري في الشهادات (٣) وفي الطلاق (٤)وفي اللباس (٦، ٢٣) وفي الأدب (٦٨)، وأخرجه مسلم في الطلاق (١، ٢، ٤، ٥)؛ وأبو داود في الطلاق (٤٩)؛ والترمذي في النكاح. (٢٧)؛ والنسائي في النكاح (٤٣) وفي الطلاق (٩، ١٠، ١٢)؛ وأخرجه ابن ماجه في النكاح (٣٢)؛ والدارمي في الطلاق (٤)؛ والإمام مالك في النكاح (١٧، ١٨)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢١٤ وفي ٢/ ٢٥، ٦٢، ٨٥، ٢٧٩ وفي ٣/ ٢٨٤ وفي ٦/ ٣٤، ٣٧، ٣٨، ٤٢، ٩٦، ١٩٣، ٢٢٦، ٢٢٩.

(٤) سبق تخريج الحديث.

ثم الحد يدرأ بالشبهة. وكان مراد الخرقي بقوله: حكمها حكم الدخول، يعني فيما يتعلق بالنكاح، فلا يد عليه الغسل، فإنه لا يجب بها، ولا الخروج من الفيئة لأنه من باب الإيمان، والذي حلف عليه الوطء، ولم يوجد، ولا تفسد بها العبادات، ولا تجب بها الكفّارات حيث وجبت. نعم، قد يرد عليه ما إذا خلال بها بعد ضرب المدة في العنّة، فإنه لا يخرج من العنّة، وبالوطء يخرج.

تنبيه: الخلوة المعتبرة هي خلوة من يطأ مثله بمن يوطأ مثلها مع علم الزوج بها نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج امرأة فأدخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق. وقد أهمل أبو البركات هذا الشرط، ولو خلا بشرطه فمنعته الوطء لم يتقرر الصداق. والله أعلم.

(قال): سواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من هذه الأشياء.

(ش): يعنى أنه لا يشترط للخلوة خلوها من مانع، مثل الخرقي بالمانع الشرعيّ.

وقد اختلفت الرواية عن أحمد – رحمه الله – في هذه المسألة، فعنه فيها روايتان.

إحداهما كما قال الخرقي، وهو مختار أصحابه في الجملة، لعموم قضاء الصحابة وعن عمر في العنّين يؤجل سنة، فإن هو غشيها وإلا أخذت الصداق كاملاً وفر بينهما، وعليها العدة.

وعنه لا يكمل بها الصداق، لأن المانع إن كان من جهتها فلم يتمكن من تسليمها فأشبه ما لو منعه نفسها، وإن كان من جهته فمظّنة الوطء منتفية.

وأعلم أن الأصحاب قد اختلف طرقهم في هذه المسألة بعد اتفاقهم فيما علمت أن المذهب الأول، فمن زاعم أن الروايتين في المانع سواء كان من جهته أو من جهتها شرعيًا كان كما تقدم، أو حسيًا كالجبّ والرتق، وهذه طريق أبي الخطاب في خلافه الصغير وأبي البركات.

ومن زاعم أن محلّهما فيما إذا كان المانع من جهتها، أما إن كان من جهته فإن الصداق يتقرر بلا خلاف، وهذه طريقة القاضي في الجامع، والشريف في خلافه.

ومن زاعم أن محلّهما فيما إذا منع الوطء ودواعيه كالإحرام والصيام، أما إن منع الوطء فقط كالحيض والرتق فيتقرر الصداق، وهذه طريقة القاضي في المجرد فيما أظن، وأبي عليّ بن البنا.

ومن زاعم أن محلّهما في المانع الشرعي، أما المانع الحسّيّ فيتقرر معه الصداق، وهذه طريقة القاضي في الروايتين، وهي قريبة من التي قبلها، ويقرب من ذلك طريقة أبي محمد في المغني، أن المسألة على ثلاث روايات، الثالثة إذا كان المانع متأكدًا كالإحرام والصيام لم يكمل الصداق، وإلا كمل.

تنبيه: لم يجر أبو البركات الخلاف في العدة بل خصّه بالصداق، وأجراه أبو محمد فيما. والله أعلم.

(قال): والزوج هو الذي بيد عقدة النكاح، فإذا طلّق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر في ماله بريء منه صاحبه.

(ش): اختلف الرواية عن أحمد – رحمه الله – في الذي بيده عقد النكاح فعنه ما يدل على أنه الزوج، وعليه أصحاب الخرقي، أبو حفص، والقاضي وأصحابه، لأن الذي بيده عقدة النكاح بعد الزواج هو الزوج، لأنه الذي يملك الطلاق، ثم العفو إذا أطلق إنما يتصرف إلى عفو الإنسان عما يملكه،

والوليّ لا يمكن من المهر شيئًا.

وروى الدراقطني[1] بإسناد عن عمر بن شعيب – عن أبيه – عن جده، عن النبي ﷺ أنه قال: «وليّ العقدة الزوج».

ونقل عنه ابن منصور إذ طلّق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها عن زوجها عن نصف الصداق، فما أرى عفوه إلا جائزًا، فأخذ من ذلك القاضي وغيره: أنه بيده عقد النكاح، أي أنه الوليّ لأنه الذي عقد النكاح بعد الطلاق. والآية مسوقة في ذلك، وإرادة الزوج بذلك مجاز باعتبار ما كان، والأصل بالحقيقة والدليل على أن العقد هو العقدة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[2] وأيضًا العفو حقيقة عن شيء وجب، وذلك واضح في الزوجة والوليّ، لأنهما اللذين تجب لهما المهر، إذ قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[3] أي فعليكم نصف ما فرض، أي فالواجب نصف ما فرضتم ﴿إِلَّا أَن يَعْفُونَ﴾ النساء بلا نزاع ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وهو الوليّ عما وجب له من القبض وتسمية الزوج عافي للمشاكلة مجازًا، وعلى تقدير أنه ساق إليها المهر الأصل عدمه، ولأن الله سبحانه وتعالى خاطب الأزواج مواجهة بقوله: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ ثم أتي بضمير الغيبة بقوله: ﴿إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ فالظاهر أن الضمير لغيره، ولأن الله سبحانه بدأ عفو الزوجة وختم بعفو الزوج، فلو حمل «أو يعفو» على الزوج كان تكرارًا، وهذه أظهر دليلاً.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر: ٣/ ٢٧٩.

(٢) الآية ٢٣٥ من سورة البقرة.

(٣)الآية ٢٣٧ من سورة البقرة.

فعلى الأول أيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز التبرع في ماله على برئ منه.

وعلى الثانية من شرط الوليّ أن يكونا أبًا، لكمال شفقته وعدم تهمته، ولهذا قلنا: له أن يزوجها بدون مهرها، وأن تكون بكرًا على ظاهر كلام أحمد، وصرّح به غيره لملك إجبارها وقبض مهرها في رواية. وغفل أبو محمد في المقنع عن هذا الشرط تبعًا لأبي الخطاب، وأن تكون مطلّقة قبل الدخول فلا يصحّ عفوه قبل الطلاق ولا بعد الدخول، لأن الآية وردت في ذلك.

قلت: وفي المغني: المطلّقة قبل الدخول كل مفارقة بنصف مهرها.

وحكى ابن حمدان قولاً: للأب العفو بعد الدخول ما لم تلد أو تبقى في بيتها سنة بناءٍ،- والله أعلم- على إبقاء الحجر عليها، واشترط أبو الخطاب وابن البنا وأبو محمد في كتبه مع ذلك أن تكون صغيرة أو مجنونة، لأنها إذا الذي يملك عقدة نكاحها مطلقًا، وظاهر كلام الخرقي عدم الاشتراط، وهو الذي أورده أبو البركات مذهبًا، ولا يشترط كون الصداق دينًا على ظاهر كلام أحمد والجمهور. وقيل بل حكاه ابن حمدان. نعم يشترط أن لا يكون مقبوضًا، وهذا مفهوم من كلامهم لأنه يكون هبة لا عفوًا.

تنبيه: على هذه الرواية لو زوّج ابنه الطفل أو المجنون وأقبضى مهره، ثم رجع إليه ردّة أو رضاع قبل الدخول لم تجز عفوه عنه، رواية واحدة. وكان الفرق أن الأب اكتسب البنت المهر بالتزويج فكان له العفو بخلاف الصغير فإنه لم يكسبه شيئًا، بل المهر رجع إليه بالفرقة. والله أعلم.

(قال): وليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلها لا يوطأ أو منع منها بغير عذر فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة.

(ش): ليس على الزوج نفقة الزوجة إذا كان مثلها لا يوطأ إذا النفقة في

مقابلة الاستمتاع، ولهذا سقطت بالنشوز وهذه يتعذر الاستمتاع بها شرعًا، وكذلك ليس عليه نفقتها إذا كان مثلها يوطأ ومنعت نفسها أو منعها أولياؤها بغير عذر، لأنها إذن ناشز أو في معناها لمنعها من تسليم الواجب عليها، وتجب عليه النفقة إن كان المانع من قبله، لأن الواجب عليها قد فعلته.

وقول الخرقي إذا كان مثلها لا يوطأ، يحترز به عما إذا كان مثلها يوطأ، فإن النفقة تجب. وسيأتي ذلك إن شاء الله في النفقات.

وقوله: أو منع منها بغير عذر. يحترز به عما إذا منع منها لعذر كما إذا امتنعت حتى تقبض صداقها الحال حين العقد، أو حين الامتناع على وجه فإن النفقة تجب لها، لأن المنع في الحقيقة من جهته. وقد صرح بذلك حيث قال: فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة ويحتمل أن يريد بالمنع من قبله، المنع بالاستمتاع بأن يكون صغيرًا أو مجنونًا ونحو ذلك، والأول أظهر. والله أعلم.

(قال): وإذا تزوج على صداقين سرًا وعلانية، أخذ بالعلانية وإن كان السر قد انعقد النكاح به.

(ش): إذا تزوج المرأة في السر بمهر، ثم عقد عليها في العلانية بأزيد منه، لزمه مهر العلانية على ما قاله الخرقي، ونص عليه أحمد، لأن الزوج وجد منه بدل الزائد بعد عقد السر فلزمه، كما لو زادها في صداقها. وقال القاضي: الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سرًا كان أو علانية[1]، لأنه هو الذي ثبت به النكاح، والعلانية ليس بعقد حقيقة، إنما هو عقد صورة، والزيادة فيه غير مقصودة، وحمل القاضي كلام أحمد والخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر، وإذن القول قولها لأن الأصل عدم نكاح السر.

(١) وحمل القاضي كلام أحمد والخرقي على أن المرأة لم تقرّ بنكاح السر، فيثبت مهر العلانية لأن الذي ثبت به النكاح. (المغني والشرح الكبير:٨/ ٨٢).

تنبيه: قد حملنا كلام الخرقي على ما إذا كان العلانية أزيد وهو [متأخر بناء على أنه الغالب][1]، وكلام أحمد- رحمه الله – جرى على ذلك.

قال في رواية ابن منصور: إذا تزوج امرأة في السر بمهر واعلنوا مهرًا ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية، ولو كان العلانية أزيد وهو متقدم فهنا يرتفع الخلاف ويؤخذ بالعلانية واحداً ولو كان أقل وهو متأخر أخذ بالسر على مقتضى ما تقدم بلا ريب، لأنه قد وجب بالعقد ولا مقتضى للإسقاط، وكان أقل مع تقدّمه فمتقضى ما تقدم يجري فيه القولان السابقان. والله أعلم.

(قال): وإذا أصدقها غنمًا بعينها فتوالدت، ثم طلّقها قبل الدخول كانت أولادها لها، ويرجع عليها بنصف الأمهات إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيّرًا بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها أو يأخذ نصفها ناقصة.

(ش): قد تقدم الكلام على هذا عند قوله: إذا أصدقها عبدًا صغيرًا فكبر. والخرقي – رحمه الله – بين ثم الزيادة المتصلة وهنا الزيادة المنفصلة، وقد تقدم الكلام على النوعين مما يغني إعادته. وقوله: بعينها، يحترز به عن المبهمة، فإن التسمية إذن فاسدة. والله أعلم.

(قال: وإذا أصدقها أرضًا فبنتها دارًا، أو ثوبًا فصبغته، ثم طلّقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمته وقت ما أصدقها، إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمته البناء أو الصبغ، فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه نصفه زائدًا فلا يكون له غيره.

(ش): إذا طلّق امرأة قبل الدخول وقد وصلت العين المصدقة بملكها كما مثل الخرقي، فإنها لا تجبر على زوال ذلك، لأنها وضعته بحق، يكون للزوج نصف القيمة لتعذّر الرجوع في نصف العين إلا بضرر يلحقها، والضرر منفيّ

(١) في نسخة «ج» ونسخة «د»: «منّا جريًا على الغالب».

شرعًا، فإن اختيار الزوج أن يدفع إليها نصف قيمة البناء أو الصبغ ويكون له نصف المجموع فله ذلك عند أبي محمد تبعًا للخرقي، لزوال الضرر عن المرأة، وصار هذا كالشفيع إذا أخذ، بالشفعة بعد غرس المشتري أو بنائه وبدل قيمة ذلك، فإن المشتري يلزمه القبول.

وقال القاضي ليس له إلا القيمة. وحمل كلام الخرقي على التراضي، حذارًا من إجبار المرأة على الموضة على ملكها بغير رضاها. انتهى. فلو بذلت المرأة النصف بزيادته لزم الزوج قبوله، لأنه حق وزيادة.

قلت: وقد يتخرج عدم اللزوم بها إذا وهب الغاصب تزويق الدار ونحوها للمغصوب منه وهو أظهر في البناء. والله أعلم.

﴿باب الوليمة﴾

(قال): باب الوليمة.

(ش): حكى ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة: أن الوليمة اسم لطعام العرس خاصة لا يقع على غيره. قال أبو محمد: وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم: الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر. قال: وقول أهل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان وأعرف بموضوعات اللغة[1]، انتهى. وقال السامري: سمّيت دعوة العرس وليمة. لاجتماع الزوجين ووليمة الشيء كماله وجمعه. والله أعلم.

---

(١) وفي الختان تسمىّ العذيرة، والأعذار، وعند الولادة تسمىّ الخرس والخرسة، والوكيرة: دعوة البناء، والنقيعة عند قدوم الغائب. والعقيقة: الذبح لأجل الولد، أما إن كانت الدعوة لسبب أو لغير سبب فإنها تسمى مأدبه. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ١٠٤).

(قال): ويستحب لمن تزوج أن يلوم ولو بشاة.

(ش): في الصحيحين، وللفظ لمسلم عن أنس بن مالك - ﷺ-: «أن النبي ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة. فقال: ما هذا؟ قال: يا رسول الله تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب. قال: فبارك الله لك، أولم ولو بشاة»[1].

والشيخ - رحمه الله - حمل هذا الأمر على الاستحباب موافقة لجمهور العلماء، لأنه طعام لسرور حادث أشبه سائر الأطعمة.

وقوله ﷺ: «ولو بشاة» الشاة هنا. والله أعلم. للتقليل، أى لو بشيء قليل كشاة، فيستفاد من هذا أنه يجوز الوليمة بدون شاة، وقد جاء عن أنس بن مالك قال: «ما أولم النبي ﷺ على شيء من نسائه، ما أولم على زينب، أولم بشاة»[2] متفق عليه. وجاء في البخاري: «أن النبي ﷺ أولم على بعض نسائه بمدّين من شعير»[3]

ويستفاد من الحديث أن الأولى الزيادة[*] على الشاة، لأن جعل ذلك قليلاً. والخرقي تبع لفظ الحديث والحكم جارٍ عليه. والله أعلم.

(قال): وعلى من دعى إليها أن يجيب.

(ش): يعني إلى وليمة العرس، وهذا هو المذهب المعروف في الجملة وقول عامة العلماء، حتى إن ابن عبد البر وغيره قال: لا خلاف في ذلك، لما روى: «أن ابن عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما- قال: «قال رسول الله ﷺ:

(١) أخرجه مسلم في النكاح (٧٩) وفي الزهد (١٠)؛ وأخرجه الترمذي في النكاح (١١)؛ والنسائي في الطهارة (٨٣)؛ وابن ماجه في النكاح (٢٤) وفي اللقطة (٣) وفي الديات (٩)؛ وأخرجه الدارمي في النكاح (٢٢).

(٢) أخرجه البخاري في النكاح (٦٨، ٦٩)؛ ومسلم في النكاح (٩٠، ٩١)؛ وأبو داود في الأطعمة (٢)؛ وابن ماجه في النكاح (٤)؛ والإمام أحمد في ٣/ ١٧٢، ٢٢٧.

(٣) أخرجه البخاري في النكاح (٧٠)؛ والإمام أحمد في ٦/ ١١٣.

(*) من هذا الموضع بدأ سقط في نسخة «ج» مقداره صفحة تقريبًا.

إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها»[1] متفق عليه في عدة أحاديث سيأتي بعضها إن شاء الله تعالى.

وقيل: إنها فرض كفاية، لأنها إكرام وموالاة، أشبه رد السلام.

وقيل: إنها سنّة كفعلها، والعمل على الأول، لكن يشترط للوجوب شروط:

[أحدها]: أن يعيّن الداعي بالدعوة، فلو لم يعينّه كقوله: يا أيها الناس أجيبوا إلى الوليمة، ونحو ذلك، لم تجب الإجابة بل تستحبّ، لأن الإجابة معلّلة بما فيها من كسر قلب الداعي، وإذا عمّم فلا كسر.

الثاني: أن يدعوه في اليوم الأول، أن مطلق الأمر يحصل به، وعن ابن مسعود- ﷺ- قال: «قال رسول الله ﷺ: طعام أول يوم حق، وطعام يوم الثاني سنّة، وطعام يوم الثالث سمعة، ومن سمع، سمع الله به»[2] رواه الترمذي وقال: لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث زياد بن عبد الله، وهو كثير الغرائب المناكير.

قال بعض الحفاظ: وزيادة روى له البخاري مقرونًا بغيره ومسلم ويستحبّ في الثالث، قاله أبو محمد. قال ابن حمدان: يكره. وقال أحمد: الأول يجب، والثاني إن أحب، والثالث فلا.

الشرط الثالث: أن يكون مسلمًا، فلا تجب الإجابة بدعوة الذّميّ، لأن الإجابة للمسلم للإكرام والموالاة، وتأكيد المودّة، وذلك منتفٍ في أهل الذمة، وتجوز إجابتهم. قاله أبو محمد.

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح (٧١)؛ ومسلم في النكاح (٩٦، ٩٧، ٩٨)؛ وأبو داود في الأطعمة (١)؛ وابن ماجه في النكاح (٢٥)؛ والدارمي في النكاح (٢٣)؛ والإمام مالك في النكاح (٤٩)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٠، ٢٢، ٣٧.

(٢) أخرجه الترمذي في النكاح (١٠).

وفي الحديث: «أن يهوديًا دَعَا النَّبي ﷺ إِلَى خُبْزِ شَعِيرٍ وَإِهَالَةٍ سَنِخَةٍ فأجابه»[1].

وعن أحمد في جواز تهنئتهم وتعزيتهم وعيادتهم روايتان، فيخرّج في إجابتهم كذلك، وقد خرجّها أبو العباس في تسميتهم.

الشرط الرابع: أن يكون المسلم مما لا يجوز هجره، فإن كان ممن يجوز هجره كالمبتدع ونحو لم تجب إجابته لما تقدم في الذّميّ.

الشرط الخامس: أن لا يكون في الدعوة منكر، فإن كان فيها منكر كالزمر والخمر ولم يقدر على إزالته لم يحضر، وإن قدر على إزالته وجب عليه الحضور، والإنكار للتمكن من الإتيان بالغرض مع التمكن من الإيتان بغرض آخر.

وقيل: يشترط مع ذلك أن لا يخصّ بها الأغنياء وأن لا يخاف المدعّو الداعي ولا يرجوه، وأن لا يكون في المحل من يكرهه المدعّو، أو لا يليق به مجالسته، أو يكره هو المدعّو.

وقد جاء عن أبي هريرة: «أن النبي ﷺ قال: شر الطعام طعام الوليمة بمنعها من يأتها، ويدعى إليها من يأباها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله»[2] رواه مسلم، وأكثر الأصحاب لا يشترطون هذا. والله أعلم.

(قال): فإن لم يجب أن يطعم دعا وانصرف.

---

(١) الإهَالة: الدَّسم. والسَّنِخَة: المتغيرة الريح. غريب الحديث لابن الجوزي: ١/ ٥٠٣؛ وانظر: فتح الباري، شرح صحيح البخاري: ٤/ ٤٢٤، ٥/ ١٠٥.

(٢) أخرجه مسلم في النكاح (١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠)؛ وأخرجه البخاري في النكاح (٧٢)؛ وأبو داود في الأطعمة (١)؛ وابن ماجه في النكاح (٢٥)؛ والإمام مالك في النكاح (٥٠)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٤١، ٢٦٧، ٤٠٥، ٤٩٤.

(ش): الواجب الإجابة، أما الأكل فغير واجب، لما روى جابر -ﷺ- قال: «قال رسول الله ﷺ: إذا دعي أحدكم فليجب، فإن شاء طعم، وإن شاء ترك»[1] رواه أحمد ومسلم وأبو داود.

ثم لا يخلو أما أن يكون صائمًا أو مفطرًا، فإن كان مفطرًا استحب له الأكل، لأنه أبلغ في إكرام الداعي وجبر قلبه، لما روى أبو هريرة -ﷺ- قال: «قال رسول الله ﷺ: إذا دعى أحدكم فليجب، فإن كان صائمًا فليصل، وإن كان مفطرًا فليطعم»[2] رواه مسلم، وفي لفظ له أيضًا: «إذا دعي أحدكم إلى طعام وهو صائم، فليقل: إني صائم» وإن كان صائمًا، فإن كان صومه واجبًا لم يفطر حذار من ترك واجب لما ليس بواجب، وإن كان متنفّلاً، فقيل يستحب الأكل ملطقًا لا فيه من إدخال السرور على قلب الداعي، مع جواز الخروج من الصوم. وقد روى: «أن النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم فقال: إني صائم. فقال النبي ﷺ دعاكم أخوكم وتكلّف لكم، كل ثم صم يومًا مكانه إن شئت»[3].

وقيل: إن لم ينكسر قلب الداعي بعدم الأكل فإتمام الصوم أولى لظاهر ما تقدم.

ويستحب أن يعلمهم ويدعو لهم، لما تقدم، إذ قوله ﷺ «فليصل» أي يدعو، وقد جاء عن ابن عمر «أنه حضر وهو صائم. وقال: إني صائم» والله أعلم.

---

(١) أخرجه مسلم في النكاح (١٠٥، ١٠٦)؛ وأبو داود في الأطعمة (١)؛ وابن ماجه في الصيام (٤٧).

(٢) أخرجه مسلم في النكاح (١٠٦)؛ وأبو داود في الصوم (٧٤، ٧٥) وفي الأطعمة (١)؛ وأخرجه الترمذي في الصوم (٦٣)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٧٩، ٤٨٩، ٥٠٧.

(٣) أخرجه البيقهي في السنن الكبرى، كتاب الصيام: ٤/ ٢٧٩.

(قال): ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون.

(ش): يعني السلف الصالح كالصحابة والتابعين، وقد روي عن عثمان ابن أبي العاص: «أنه دعي إلى ختان، فأبى أن يجيب. فقيل له، فقال: إنّا كنّا لا نأتي الختان على عهد الرسول ﷺ ولا ندعى إليه»[1] رواه أحمد، لكنه ضعيف، وظاهر كلام الخرقي أنها غير مستحبة، وقد نص أحمد والقاضي وعامة أصحابة على أنها مباحة لا تكره، ولا تستحب لهذا الأثر، وخالفهم أبو محمد وكتبه الثلاثة، فقطع باستحبابها لما فيها من إطعام الطعام، وهو مندوب إليه في الجملة، وهذان القولان في سائر الطعام.

وحكى ابن حمدان قولاً بكراهة دعوة الختان خاصة، ويحتمله كلام الخرقي – رحمه الله – والله أعلم.

(قال): ولا على من دعي إليها أن يجيب، وإنما وردت السنّة في إجابة من دعي إلى وليمة تزويج.

(ش): ظاهر هذا أن الإجابة إلى دعوة الختان مباحة، وهو منصوص أحمد وقول القاضي وجماعة من أصحابة كعملها، ولحديث عثمان، وقال محمد بالاستحباب وهو الظاهر، بل لو قيل بالوجوب لكان متجهًا. لعموم «إذا دعي أحدكم للوليمة فليأتها»، «إذا دعي أحدكم فليجب»، «إذا دعي إلى طعام»، وفي مسلم في حديث ابن عمر: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسًا كان أو نحوه». وهذان القولان أيضًا في سائر الولائم. والله أعلم.

(قال): والنِّثارُ مكروه لأنّهُ شبيه بالنَّهبة، وقد يأخذهُ من غيره أحبُّ إلى صاحبِ النِّثارُ منه.

(ش): هذا إحدى الروايتين، واختيار القاضي والشريف وأبي الخطاب في

(١) أخرجه الإمام أحمد في ٤/ ٢١٧.

خلافيهما والشيرازي، لما علّل به الخرقي -رحمه الله -، بأنه يأخذه من غيره أحب إلى صاحب الطعام منه، ولا تكون طيب القلب بأخذه، وذلك يورث شبهة، وبأنه شبيه بالنهبة والشبيه بالشيء يعطى حكمه، ودليل الأصل ما روى عبد الله بن يزيد الأنصاري - رضي الله عنهما -: «أن النبي ﷺ نهى عن المثلة والنهبى»[1]. رواه أحمد والبخاري. وعن أنس- ﷺ-: «أن النبي ﷺ قال: من انتهب فليس منا»[2] رواه أحمد والترمذي وصححه.

والثانية: لا يكره، اختارها أبو بكر، لأنه قد جاء: «أن النبي ﷺ حضر ملاك رجل من الأنصار».. الحديث، وفيه: «وأقبلت السلال فيها الفاكهة والسكر، فنثر عليهم فأمسك القوم لم ينتهبوا. فقال رسول الله ﷺ: ألا تنتهبون؟ قالوا: يا رسول الله نهيتنا عن النهبة يوم كذا وكذا»[*]. قال: إنما نهيتكم عن نهبة العساكر. ولم أنهكن عن نهبة الولائم» رواه العقيلي[3]، وضعّفه عبد الحق الأشبيلي.

واعتمد أحمد على قول النبي ﷺ في البدنات لما نحوهن: «من شاء اقتطع». وحكم الإلتقاط حكم النثار. والله أعلم.

(قال): فإن قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه، لما روى عن أبي عبدالله:

---

(١) أخرجه البخاري في المظالم (٣٠) الذبائح (٢٥)؛ وأخرجه أبو داود في الجهاد (١٢٨) وفي اللباس (٨)؛ والنسائي في الزينة (٢٠)؛ وابن ماجه فيالفتن (٣)؛ والدارمي في الأضاحي (١٨، ٢٣)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٣٢٥ وفي ٣/ ١٤٠، ٣٢٣ وفي ٤/ ١١، ١٣٤، ٣٠٧ وفي ٥/ ١٩٣، ١٩٥ وفي ٦/ ٤٤٥.

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود (١٤)؛ والترمذي في النكاح (٢٩) وفي السير (٤٠)؛ والنسائي في النكاح (٦٠) وفي الخيل (١٥)؛ وابن ماجة في الفتن (٣)؛ والإمام أحمد في ٣/ ٧٤٠، ١٩٧، ٣١٢، ٣٩٥ وفي ٤/ ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٣، ٤٤٦، وفي ٥/ ٦٢، ٦٣.

(*) إلى هنا انتهى السقط الموجود في نسخة «ج».

(٣) رواه العقيلي في الضعفاء الكبير: ١/ ١٤٢.

«إن بعض أولاده حذق فقسم على الصبيان الجوز».

(ش): لانتفاء المفسدة السابقة، مع أن فيه إطعام الطعام، وجبر قلب الصبيّ وتنشيطه تنشيط أمثاله، وذلك لمصلحة محضة، وكذلك حسنّه أبو محمد.

تنبيه: الأطعمة التي يدعى إليها عشرة.

أحدها: الوليمة، طعام العريس.

والثاني: الحذاق، وهو الطعام عند حذاق الصبي[1].

والثالث: العذيرة والإعذار للختان، وهذه الثلاثة ذكرها الخرقي.

والرابع: الخرسة، والخرس لطعام الولادة.

والخامس: الوكيرة لدعوة البناء.

والسادس: النقيعة لقدوم الغائب.

والسابع: العقيقة، الذبح لأجل الولد.

والثامن: المأدبة، كل دعوة بسبب كانت أو غيره.

التاسع: الوضيمة، طعام المأتم.

العاشر: التحفة، طعام القادم، والله أعلم.

﴿باب عشرة النساء والخلع﴾

(ش): الأصل في العشرة قول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2] الآية. وقال سبحانه ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[3] قال أبو زيد: تتّقون

(١) يقال لليوم الذي يختم فيه الصبيّ القرآن: هذا يوم حذاقه . اللسان: ١٠/ ٤٠ مادة (حذق).

(٢) الآية ١٩ من سورة النساء.

(٣) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.

الله فيهن كما عليهن أن يتّقين الله فيكم وقال ابن عباس: «إنّي لأحب أن أتزين للمرأة، كما أحب أن تتزين لي». وتلا هذه الآية ﴿لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ﴾. وعن أبي هريرة ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرًا، فإن المرأة خلقت من ضلع أعوج، وإن اعوجّ شيء في الضلع أعلاه. فإن ذهبت تقيّمه كسرته. وإن تركته لم يزل أعوج. فاستوصوا بالنساء خيرًا»[1] متفق عليه. وعن أبي هريرة أيضًا قال «قال رسول الله ﷺ: أكمل المؤمنين أحسنهم خلقًا، وخياركم خياركم لنسائهم» رواه أحمد والترمذي وصححه وعن عائشة- رضي الله عنها – قالت: «قال رسول الله ﷺ: خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي»[2] رواه ابن ماجه والترمذي وصحّحه. عن أم سلمة- رضي الله عنها- : «أن النبي ﷺ قال: «إيما امرأة ماتت وزوجها راضٍ عنها دخلت الجنة»[3] رواه ابن ماجه والترمذي وقال: حسن غريب.

وعن أبي هريرة- ﷺ- قال: «قال رسول الله ﷺ إذا دعا الرجل امرأته إلى فارشه فأبت أن تجيء فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح»[4]. متفق عليه.

وعنه -ﷺ- أيضًا أن النبي ﷺ قال: «لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»[5] رواه التّرمذي، وقال: حديث حسن. ولهذه الأحاديث وشبهها، وقول الله: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ

---

(١) أخرجه البخاري في الأنبياء (١) وفي النكاح (٨٠)؛ وأخرجه مسلم في الرضاع (٦٢)؛ والترمذي في الرضاء (١١)؛ وفي تفسير سورة (٩: ٢)؛ وابن ماجه في النكاح (٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه في النكاح (٥٠)؛ والدارمي في النكاح (٥٥).

(٣) أخرجه ابن ماجه في النكاح (٤)؛ والترمذي في الرضاع (١٠).

(٤) أخرجه الترمذي في الصلاة (١٤٩)؛ وابن ماجه في الإقامة (٤٣).

(٥) أخرجه أبو داود في النكاح (٤٠)؛ والترمذي في الرضاع (١٠)؛ وابن ماجه في النكاح (٤)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٣١٨ وفي ٥/ ٢٢٨ وفي ٦/ ٧٦.

دَرَجَةٌ﴾(1) قال العلماء: إن حق الزوج عليها آكد من حقها عليه.

والأصل في الخلع قوله تعالى ﴿ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾(2) الآية.

(قال): وعلى الرجل أن يساوي بين زوجاته في القسم.

(ش): هذا مما لا خلاف فيه والحمد لله. وقد تقدم قوله تعالى: ﴿عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾(3) ومن المعروف التسوية بينهن.

وعن أبي هريرة –- عن النبي ﷺ قال: «من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجرّ أحد شقّيه ساقطًا، أو مائلاً»(4) رواه الخمسة. وعن عائشة – رضي الله عنها– قالت «وكانَ رَسُولُ الله ﷺ يَقْسِمُ فَيَعْدِلُ ويَقُولُ: اللَّهُمَّ هذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ [فَلاَ تَلُمْنِي فِيمَا تَمْلِك وَلاَ أَمْلِكُ](5)»(6) رواه الخمسة إلا أحمد.

إذا تقرر هذا، فمن عنده نسوة لا بد له أن يبدأ بواحدة منهن وهن متساويات في الحق، واختيار واحدة منهن تفضيل لها، وهو ممنوع منه، فيتعيّن إن يبدأ بواحدة بالقرعة، كما لو أراد السفر بواحدة منهن كما شهدت به السنة، ويقسم ليلة ليلة، ولا يقسم أربعًا إلا برضاهن. وفي اعتبار رضاهن في الليلتين والثلاث وجهان.

---

(1) الآية ٢٨٨ من سورة البقرة.
(2) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.
(3) الآية ١٩ من سورة النساء.
(4) أخرجه النسائي في عشرة النساء (٢)؛ وابن ماجة في النكاح ٤٧؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٩٥، ٣٤٧، ٤٧١.
(5) ساقط من «أ» ومثبّت في «ج».
(6) أخرجه أبو داود في النكاح ٣٨؛ والترمذي في النكاح (٤٢)؛ والنسائي في النساء (٢)؛ وابن ماجه في النكاح (٤٧)؛ والدارمي في النكاح (٢٥)؛ والإمام في ٦/ ١٤٤.

وقول الخرقي: «وعلى الرجل» يشمل المريض والمجبوب [والخصيّ والعنّين][1]، وهو كذلك، إذا القسم للأُنس، وهو حاصل ممن ذكر، ولا يدخل في كلامه المجنون لعدم تعلّق الخطاب التكليفي به.

وقال أبو محمد إن لم يخف منه طاف به الوليّ، وإن خيف منه فلا قسم عليه لانتفاء الأنس.

وعلى الأول قال: فإن لم يعدل الوليّ في القسم بينهن ثم أفاق الزوج قضي للمظلومة لأنه حق ثبت في ذمته. وقوله: «أن يساوي بين زوجاته في القسم» يتناول من له زوجات وقسم بينهن، ولا نزاع في ذلك كما تقدم.

أما من له زوجة واحدة، أو له زوجات ولم يقسم بينهن، فهل عليه قسم الابتداء، بأن يبيت عند الزوجة أو الزوجات ليلة من أربع؟ فيه قولان مبنيّان على وجوب الوطء. وفيه روايتان، ومحلهما إذا لم يترك الوطء ضرارًا، أما إن تركه ضرارًا فيجب، ويجب القسم. والله أعلم.

(قال): وعماد القسم الليل.

(ش): لأن الليل للسكن والإيواء. قال سبحانه: ﴿مِن رَّحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِن فَضْلِهِ﴾[2] فالليل محّل السكن، والنهار للمعاش ونحو ذلك. وهذا فيمن معاشه النهار كما هو الغائب، أما من معاشه بالليل كالحارس ونحوه، فإن نهاره كليل غيره، وليله كنهار غيره والنهار تبع الليل في القسم. قالت عائشة – رضي الله عنها-: «مات رسول الله ﷺ في بيتي

---

(١) في نسخة «ج»: العنّين والخصيّ».
(٢) الآية ٧٣ من سورة القصاص.

وفي يومي». وموته ﷺ كان في النهار، ويتبع اليوم الليلة الماضية، بدليل أن أول الشهر الليل، وإن أحبّ أن يجعل النهار تبعًا لليلة التي يتعقبه جاز لعدم التفاوت. والله أعلم.

(قال): ويقسم لزوجته الأمة ليلة، وللحرّة ليلتين.

(ش): لما روى الدارقطني واحتج به الإمام أحمد – عن عليّ – ﷺ – وأنه كان يقول: «إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة، وللحرة ليلتين».

تنبيه: يقسم للمعتق بعضها بحساب ذلك. والله أعلم.

(قال): وإن كانت كتابية.

(ش): أي وإن كانت الحرة كتابية يقسم لها كما يقسم للمسلمة، لأن القسم من حقوق الزوجية، أشبهت النفقة والسكنى. وقد يشمل كلام الخرقي الرتقاء والمريضة، والحائض، والمحرمة، والمظاهر منها، والصغيرة، وهو كذلك إذا القصد الأنس والسكن وهو حاصل لهن، نعم شرط أبو محمد في الصغيرة إمكان وطئها والمجد تميّزها. وشمل أيضًا المجنونة، والشيخان يقيدان ذلك بما إذا لم يخف منها، أما إن خيف منها فلا قسم لها.

تنبيه: الحق في القسم للأمة دون السيد، فلها أن تهب ليلتها لزوجها أو لبعض ضرائرها، وليس ذلك للزوج، وزعم القاضي أن قياس قول أحمد استئذان سيّد الأمة كما في الغزل. والله أعلم.

(قال): وإذا سافرت زوجته بغير إذنه فلا نفقة لها ولا قسم.

(ش): هذا مما لا خلاف فيه ولله الحمد، لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع، وقد تعذّر ذلك بفعلها، أشبه ما لو لم تسلّمه نفسها إبتداءً، والله أعلم.

(قال): وإن كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك.

(ش): إذا كان هو سفرها فهي على حقها من النفقة والقسم، لأن المنع جاء من جهته لا من جهتها. فلم يسقط حقها، كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من الثمن.

تنبيه: الخرقي -رحمه الله- ذكر ما إذا سفّرها هو، أو سافرت بغير إذنه، وبقي إذا سافرت بإذنه لمصلحتها، وفي بعض نسخ الخرقي: وإذا سافرت زوجته بإذنه. وعليها شرح أبو محمد.

وبالجملة في المسألة ثلاثة أوجه: أحدها: وهو اختيار القاضي وأبي محمد: لا قسم لها ولا نفقة، لما تقدم في المسألة قبل.

والثاني: هما لها، لأنه لمّا أذن لها فكأنه رضي بإسقاط حقه وبقاء حقها.

والثالث: لها النفقة دون القسم: كما لو سافر عنها. والله أعلم.

(قال): وإذا أراد سفرًا فلا يخرج معه من[واحدة] إلا بقرعة.

(ش): إذا أراد سفرًا وأخذ بعض نسائه دون بعض فإنه لا يجوز له أخذ إحداهن إلا بقرعة، لتساويهن في الحق، وحذارًا من الميل. وفي الصحيحين عن عائشة – رضي الله عنها – «أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يخرج سفرًا أقرع بين أزواجه فأيّتهنّ خرج سهمها خرج بها معه»(1) ويستثنى من ذلك إذا رضي الزوجات بسفر واحدة معه فإنه يجوز بلا قرعة، إذ الحق لهن نعم إذا لم يرض الزوج بها وأراد غيرها صير إلى القرعة. والله أعلم.

(قال): فإذا قدم ابتداء القسم بينهن.

---

(1) أخرجه البخاري في الجهاد (٦٤) وفي الهبة (١٥) وفي الشهادات (١٥، ٣٠) وفي المغازي (٣٤) وفي تفسير (سورة ٢٤: ٦)وأخرجه مسلم في التوبة (٥٦)؛ وأبو داود في النكاح (٣٨)؛ والدارمي في النكاح (٢٦)؛ والإمام أحمد في ٦/ ١١٧، ١٩٥، ١٩٧، ٢٦٩.

(ش): أي إذا قدم من السفر إبتداء القسم بين النسوة ولم يقضى للمقيمات، لأن عائشة - رضي الله عنها - لم تذكر قضاء في حديثها، ولأن ما يحصل للمسافر بها من السكن يقابله ما يحصل لها من المشقة والتعب، وإذن يتعادلان وقيل: يقضي مطلقًا حذارًا من الميل، والحديث مسكوت فيه عن القضاء. وقيل: يقضي في سفر النقلة دون سفر الغيبة. وقيل: يقضى في السفر القريب دون البعيد.

ومحل الخلاف في زمان السير، أما ما تخلّل السفر أو تعقّبة من الإقامة، فإن أبا البركات قال: يقضيه وأطلق، وشرط أبو محمد للقضاء أن يقيم مدة يمتنع فيها من القصر. وكلام الخرقي يشمل فيها إذا سافر بقرعة، أما إن سافر بغير قرعة فإنه يقضي للبواقي. قاله غير واحد. وقال أبو محمد ينبغي أن يقضي مدة الإقامة لا زمان السير. والله أعلم.

(قال): وإذا عرّسَ على بكرٍ أَقَامَ عندها سبعًا ثم دار، ولا يحتسب عليها بما أَقَامَ عندها، وإن كانت ثيبًا أَقَامَ عندها ثلاثًا، ولا تحتسب أيضًا عليها بما أقام عندها.

(ش): الأصل في ذلك ما في الصحيحين عن أبي قلابة عن أنس - رضي الله عنهما- قال: «من السنّة إذا تزوج البكر على الثّيب أقام عندها سبعة ثم قسم وإذا تزوج الثيّب على البكر أقام عندها ثلاثًا ثم قسم»[1] قال أبو قلابة: «ولو شئت لقلت: إن أنسًا رفعه إلى رسول الله ﷺ».

وفي الدارقطني عن أنس قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول للبكر سبعة أيام وللثّيّب ثلاثًا ثم يعود إلى نسائه». وعن أم سلمة - رضي الله عنها- «أن

(١) أخرجه البخاري في النكاح (١٠٠، ١٠١)؛ والمسلم في الرضاع (٤٣، ٤٥)؛ وأبو داود في النكاح (٣٤)؛ والترمذي في النكاح (٤١)؛ وابن ماجه في النكاح (٢٦)؛ والدارمي في النكاح (٢٧)؛ والإمام مالك في النكاح (١٥)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٧٨.

النبي ﷺ لمّا تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام وقال: ليس بك هوان على أهلك، فإن شئت سبعت لك، وإن سبعت لك سبعت لنسائي»[1] رواه أحمد ومسلم وأبو داود والدارقطني، ولفظه: «أن النبي ﷺ قال حين دخل بها ليس بك هوان على أهلك، إن شئت أقمت عندك ثلاثًا خالصة، وإن شئت سبعت لك وسبعت لسنائي؟ قالت: تقيم معي ثلاثًا خالصة».

وعموم كلام الخرقي - رحمه الله - وكلام غيره يقضي أنه لا فرق في ذلك بين الحرّة والأمة، وصرّح به أبو محمد في المغني وفي الرعاية احتمال أن الأمة على النصف من الحرة، والخرقي وجماعة إنما صوّروا المسألة فيما إذا تزوج امرأة على أخرى، والحديث إنما ورد في ذلك، وقد يقال إن ذلك تنبيه على ما إذا لم يكن تحته زوجة، لأن إذن لا يسقط حق أحد ثم إن الحكم معلّل بإزالة الاحتشام ونحوه، وهو شامل.

تنبيه: لو أردات الثيّب أن يقيم عندها سبعًا فعل وقضاهن للبواقي للحديث. والله أعلم.

(قال): وإذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها، فإن أظهرت نشوزها هجرها فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضربًا لا يكون مبرّحًا.

(ش): فالنشوز: كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه وسوء عشرته. مأخوذ من النشز وهو الارتفاع، فكأن كلاًّ منهما ارتفع عما عليه، وإذا ظهر من المرأة ما يخاف معه نشوزها مثل أن تتثاقل إذا دعاها أو تجيبه متبرّمة متكرّهن

---

(١) أخرجه مسلم في الرضاع (٤١، ٤٢)؛ وأبو داود في النكاح (٣٤)؛ وابن ماجه في النكاح (٢٦)؛ والدارمي في النكاح (٢٧)؛ والإمام مالك في النكاح (١٤)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٢٩٢، ٢٩٥، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣١٤، ٣٢٠، ٣٢١.

(١) في نسخة «أ»: «إنشاء فلا» والمثبت من نسخة «ج» وهو الصحيح.

وعظها، بأن يذكر لها ما يلين قلبها من ثواب وعقاب، فيذكر لها ما وجب هل عليها من الطاعة، وما عليها من مخالفته لقوله الله سبحانه ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾[1] فإن أصرّت على ذلك وأظهرت النشوز بأن امتنعت من إجابته إلى الفراش، أو خرجت من بيتها بغير إذنه ونحو ذلك هجرها في المضجع ما شاء، لقوله تعالى ﴿اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ وله هجرها في الكلام لكن فيما دون ثلاثة أيام، لقول النبي ﷺ: «لا يحل لمسلم يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»[2] فإن أصرّت على الامتناع فله أن يضربها لقول سبحانه ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ ويضربها ضربًا غير مبرّح، أي غير شديد، لقول النبي ﷺ: «إن لكم عليهن الا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربًا غير مبرّح»[3] رواه مسلم. وتقدير الآية الكريمة على هذا التقرير عند أبي محمد ﴿اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ فإن نشزن ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ فإن أصررن ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ كآية المحاربة وفيه تعسّف[4].

ومتقضى كلام أبي البركات وأبي الخطاب، أن الوعظ والهجران والضرب على ظهور أمارات النشوز لكن على جهة الترتيب.

قال المجد: إذا بانت أمارته زجرها بالقول. ثم يهجرها في المضجع الكلام دون ثلاث. ثم يضرب غير مبرّح.

---

(١) الآية ٣٤ من سورة النساء.

(٢) أخرجه البخاري في الأستئذان (٩) وفي الأدب (٥٧، ٦٢)؛ وأخرجه مسل في البر (٢٣، ٢٥، ٢٦) وأبو داود في الأدب (٤٧)؛ والإمام مالك في حسن الخلق (١٣، ١٤)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٦٨، وفي ٤/ ٢٠.

(٣) أخرجه مسلم في الحج (١٤٧)؛ والترمذي في الرضاع (١١) وفي تفسير (سورة ٩: ٢)؛ وأبو داود في المناسك (٥٦)؛ وبان ماجه في النكاح (٣) وفي المناسك (٨٤)؛ والدارمي في المناسك (٣٤)؛ والإمام أحمد في ٥/ ٧٣.

(٤) المقصود الآية ٣٣ من سورة المائدة.

وهذا ظاهر الآية الكريمة، غايته أن الواو وقعت للترتيب، أما لأن ذلك من مقتضاها على قول أو لدليل من خارج، وهو أن المقصود زوال المفسدة، فيدفع بالأسهل فالأسهل ويشهد لهذا قول أحمد: إذا عصت المرأة زوجها فله أن يضربها ضربًا غير مبرّح. فأجاز ضربها بمجّرد العصيان، وهو مقتضى الحديث السابق. وقد قاله النبي ﷺ في خطبته بعرفة. ولو ترتّب الضرب على الهجران لبيّنه، لأن وقت حاجته لتفرّق الناس ورجوعهم على أوطانهم. والله أعلم.

(قال): والزوجان إذا وقع بينهما العداوة، وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان، بعث الحاكم حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها مأمونين يرضى الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إن رأيا أو يفرّقا، فما فعلا من ذلك لزمهما.

(ش): قد تقدم إذا ظهر من المرأة النشوز أو أماراته، فإن خرجا من ذلك إلى العداوة، وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم الحكمين، إن رأيا المصلحة في الصلح أو التفريق بينهما فعلا، ولزم الزوجان فعلهما، لقول الله سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا﴾[1].

واختلف عن أحمد - رحمه الله - فيهما، فعنه ما يدل على أنهما وكيلان للزوجين لا يرسلان إلا برضرهما وتوكيلهما، فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا، هذا هو المشهور عند الأصحاب، حتى أن القاضي في الجامع الصغير والشريف أبي جعفر وابن البنا لم يذكروا خلافًا، ونصبه أبو الخطاب، ولأن البضع حق للزوج، والمال حق للمرأة، وهما رشيدان فلم يجز لغيرهما التصرف عليهما: إلا بوكالة منهما. كما في غير ذلك.

---

(١) الآية ٣٥ من سورة النساء.

وعنه ما يدل على أنهما حكمان يفعلان ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو غيره من غير رضى الزوجين، وهو ظاهر الآية الكريمة لتسميتهما حكمين، ومخاطبتهما بقوله (إن يريدا إصلاحًا) وعدم اشتراط رضي الزوجين.

وقد روى أبو بكر بسنده عن عبيده السلماني: «أن رجلاً وامرأة أتيا عليًا - ﷺ- مع كل واحد منهما فئام من الناس. فقال عليّ ﷺ: ابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها. فبعثوا حكمين. ثم قال عليّ للحكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرّقا فرّقتما. فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله عليَّ، ولي. فقال الرجل: أما الفرقة فلا. فقال عليّ: كذبت، حتى ترضى بما رضيت به». ويروى «أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة، فتخاصما، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان - ﷺ-، فبعث حكمًا من أهله. عبدالله بن عباس، وحكمًا من أهلها: معاوية. فقال ابن عباس: لا أفرّق بينهما. وقال معاوية: ما كنت لأفرّق بين شيخين من بني عبد مناف. فلمّا بلغا الباب، كانا قد أغلقا الباب واصطلحًا». وعلى كلتا الروايتين يشترط في الحكمين أن يكونا من اهل العدالة، أما على الثانية فظاهر، وأما على الأولى، فلأن الوكيل إذا كان منصوبًا من جهة الحاكم فلا بد وأن يكون عدلاً، وأن يكون عالمين بالجمع والتفريق، لأنهما منصوبان لذلك.

وهل يشترط حريتهما، فيه وجهان مبنيان عن أبي محمد على الروايتين.

وعن القاضي اشتراط الحرية وصححه ابن حمدان، وذلك يمنع البناء، ويشترط أن يكونا ذكرين، وقاله أبو محمد، لأن ذلك يفتقر إلى رأي ونظر، والمرأة بمعزل عنهما. وقد يقال بالجواز على الرواية الثانية، والأولى أن يكونا أهلهما، لإرشاد الرب سبحانه لذلك لكونهما أشفق عليهما، وادعي الطلب لحظ لهما ولا تجب لأن القرابة لا تشترط في الوكالة، ولا في الحكم.

وينبني على الروايتين أنه إذا غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين فعلى الأولى لا ينقطع نظرهـا، إذ الوكالـة لا تبطـل بالغيبـة، وعـلى الثانيـة فيـه احتمالان حكاهما في الهداية.

أحدهما: وقطع به أبو محمد، وأورده أبو البركات مذهبًا ينقطـع، إذا كـل من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز.

والثاني: لا ينقطع، إذا المغلب في الحكم الحكم على كـل منهما، وإن جـنّ الزوجان انقطع نظرهما عـلى الأولى بنـاء عـلى أن الوكالـة تبطـل بـالجنون عـلى المذهب، وعلى الثانية لا ينقطع. قاله أبـو محمـد تبعًـا لأبي الخطـاب في الهدايـة، وأوردها أبو البركات مذهبًا. وجزم أبو محمد في الكافي والمغني بامتنـاع الحكـم معلّلاً، بأن من شرط الحكم بقاء الشقاق، ولا يتحقق ذلك مع الجنـون، ويظهـر أن التعليل هنا كالتعليل في الفرع الذي قبله. والله أعلم.

(قال): والمرأة إذا كانت متعصبة للرجل وتكره أن تمنحه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه.

(ش): إذا كرهت المرأة زوجها لخلقـه أو خلقـه أو دينـه أو كـبره ونحـو ذلك، وخشيت أن لا تقيم له بما يجب له عليها فلا بأس أن تفتـدي نفـسها منـه بعوض، لقول الله سبحانه﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُـوهُنَّ شَـيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِـيمَا حُـدُودَ اللّهِ فَـلاَ جُنَـاحَ عَلَـيْهِمَا فِـيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[1] وعن ابن عباس -ﷺ- قال: «جاءت امـرأة ثابـت بـن قـيس بـن شماس إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إني مـا أعيـب عليـه في خلـق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديقتـه؟

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقر.

فقالت نعم. فقال رسول الله ﷺ: اقبل الحديقة وطلّقها تطليقة»[1]. رواه البخاري والنسائي. وفي لفظ: «ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضًا» انتهى. ويسمّى هذا خلعًا، أخذًا من خلع الثوب، كأنها تنخلع من لباس زوجها.

(قال): ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها.

(ش): لما روى ابن عباس - رضي الله عنهما-: «أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق، ولكنى اكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضًا. فقال لها النبي ﷺ: أتردّين عليه حديقته؟ قالت: نعم فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد»[2] رواه ابن ماجه. وعن أبي الزبير - ﷺ-: «أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقة. فقال النبي ﷺ.أتردّين عليه حديقته التي أعطاك؟ قالت: نعم وزيادة فقال النبي ﷺ أما الزيادة فلا، ولكن حديقته. قالت: نعم فأخذها له، وخلاّ سبيلها، فلمّا بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ». رواه الدارقطني بإسناد صحيح وقال: سمعه ابن الزبير من غير واحد.

وظاهر كلام الخرقي أن هذا على سبيل الاستحباب، وأنه لو أخذ أكثر مما أعطاها جاز وصحّ الخلع. وهذا هو المنصوص والمختار لعامة الأصحاب، لعموم: ﴿فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[3] وحملاً للمنع في الحديث على الكراهة.

(١) أخرجه البخاري في الطلاق (١٢)؛ والنسائي في الطلاق (٣٤).
(٢) أخرجه ابن ماجه في الطلاق(٢٢).
(٣) الآية ٢٢٩ من سورة البقر.

ومنع أبو بكر من ذلك، وأوجب رد الزيادة أخذًا بظاهر الحديث وقصرًا للعام على بعض أفراده وملخّصه أن لا بد من مخالفة ظاهر، وإنما النظر في أي الظاهرين أولي بالحمل عليه. والله أعلم.

(قال): لو خالعته بغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع.

(ش): أي لغير البغض وكراهة منع حقه، وهو أن يكون الحال بينهما مستقيمة. والمذهب المنصور المشهور المعروف، حتى أن أبا محمد حكا عن الأصحاب وقوع الخلع مع الكراهة، لعموم قول الله سبحانه: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ﴾[1]. وعن أحمد ما يدل على عدم الجواز. قال: الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر، فهذا الخلع. وظاهر هذا أن غير هذا ليس بخلع. وفيه أيضًا دليل لقول أبي بكر في المسألة قبل وإلى هذا ميل أبي محمد قال: الحجة مع من حرمه. وذلك لقول الله سبحانه: ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ﴾[2] منع سبحانه من الأخذ مطلقًا، واستثنى منه صورة فيبقى فيما عداها على مقتضى المنع. ثم قال سبحانه: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ مفهومه أن الجناح لا حق بها إن افتدت من غير خوف، ثم أكّد سبحانه وتعالى ذلك بقوله ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾. وفي السنن: «أيما امرأة سألت الطلاق من غير ما بأس عليها فحرام عليها رائحة الجنة»[3] وقوله سبحانه: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً﴾[4]

(١) الآية ٤ من سورة النساء.

(٢) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٣) أخرجه ابن ماجه في الطلاق (٢١)؛ وأبو داود في الطلاق (١٨) والترمذي في الطلاق (١١) وللدارمي في الطلاق (٦).

(٤) الآية ٣ من سورة النساء.

الضمير راجع إلى الصداق، وهذا الشيء منه لا بد وأن يكون بعضه وإذًا لا دليل في الآية، أو محمول على غير حال العقد. ولا يلزم من الإباحة بغير عقد الإباحة بعقد بدليل الربا، ثم إن الله سبحانه قال: ﴿كُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً﴾[1] ولا هناءة مع الكراهة، فكيف يستدل به.

ومما قد يدخل تحت كلام الخرقي إذا عضلها لتفتدي نفسها، فإنه خلع لغير ما ذكره، لكن لا نزاع عندنا في عدم صحة هذا للآية الكريمة: ﴿ولاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً﴾ ولقول تعالى: ﴿ وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾[2]. نعم يستثنى من ذلك صور:

إحداها: إذا زنت، له أن يعضلها لتفتدي، لقوله سبحانه: ﴿إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[3].

الثانية: إذا ضربها على نشوزها ونحو ذلك، لم يحرم خلعها لذلك، لأنها إذا لم تجبه لما يجب له عليها فقد خافت ألا تقيم حدود الله.

الثالثة: إذا ضربها ظلمًا لا لقصد الافتداء لم تحرم مخالفتها.

قال أبو محمد: وهو مقتضى كلام غيره لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها، نعم عليه أثم الظلم بلا ريب، وحيث قلنا بعدم صحة الخلع، فإن النكاح بحاله، والعوض مردود إلا أنّا جعلناه طلاقًا فإنه يكون رجعيًا. والله أعلم.

(قال): والخلع فسخ في إحدى الروايتين والأخرى أنه تطليقة بائنة.

(ش): الرواية الأولى هي المشهورة في المذهب، واختيار عامة الأصحاب، متقدمهم ومتأخرهم، واعتمادًا على ظاهر القرآن العظيم، فإن الله سبحانه قال:

---

(١) الآية ٤ من سورة النساء.

(٢) الآية ١٩ من سورة النساء.

(٣)الآية ١٩ من سورة النساء.

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[1] ثم قال ﴿فلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[2] ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[3] وظاهره أن الخلع ليس بطلاق، وإلا يكون الطلاق أربعًا، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق، فكانت فسخًا كبقية الفسوخ.

ووجه الثانية أن الخلع من كنايات الطلاق وقد أتي به قاصدًا للفراق وكانت طلاقًا كبقية الكنايات، ولقول النبي ﷺ في حديث ابن عباس: «خذ الحديقة وطلّقها تطليقة» ويجاب عن هذا بأن لا نزاع في أن له أن يأخذ به العوض ويطلّقها، وأنه أتي بلفظ الطلاق انه يكون طلاقًا وإنما النزاع فيما وراء ذلك. والله أعلم.

وعلى هذه الرواية لا كلام، أما على الأولى فهل الخلع فسخ مطلقًا أو بشرط أن لا ينوي به الطلاق؟ فيه روايتان أشهرها الثانية.

وعلى كل حال متى يقع بلفظ الطلاق فهو طلاق بلا ريب. وفائدة الخلاف أنا إذا جعلناه فسخًا لم ينقص عدد الطلاق، وإلا نقصه.

تنبيه: ألفاظ الخلع الصريحة: خالعتك، وفاديتك، وفسخت نكاحك، وما عداها كأبنتك ونحو كناية[4]. والله أعلم.

(قال): ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به.

(ش): لأن ذلك قول ابن عمر وابن الزبير ولا يعرف لهما مخالف، ولأنها

---

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٣) الآية ٢٣٠ من سورة البقرة.

(٤) وفائدة الروايتين: أنّا إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة، فينقص بها عدد طلاقه. وإن خالعها ثلاثًا طلّقت ثلاثًا، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره. وإن قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وإن خالعتها مائة مرة (المغني والشرح الكبير: ٨/ ١٨١).

لا تحل لـه إلا بنكـاح جديـد فلـم يلحقهـا طلاقـه كالمطلّقـة قبـل الـدخول، والمنقضية عدتها[1]. وقوله: ولو واجهها به، يحترز به من قول النعمان ومن وافقه أن يلحقها الصريح المعنى دون الكناية، ولطلاق المزيل ككـل امـرأة لـه طـالق. والله أعلم.

(قال): ولو قالت له: اخلعني على ما في يدي مـن الـدراهم ففعـل، فلـم يكن في يدها شيء لزمها له ثلاثة دراهم.

(ش): قد تضمن كلام الخرقي صـحة الخلـع بـالمجهول، وهـو المـذهب المعمول به لإطلاق قول الله تعالى: ﴿فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ولأن الخلع ليس بمعاوضة حقيقـة، وإنـما إسـقاط لحقّـه مـن البـضع، وإذن يدخلـه المسامحة.

وقال أبو بكر: لا يصح الخلع لأنه معاوضة أشبه البيـع، ولا تفريـع عـلى هذا، أما على الأول فمقتضى كلام الخرقي أنه أن كان في يـدها دراهـم فهـي لـه وإن قلت ولا شيء له سواها، لأن الذي خالعته عليه وهو شيء من الدراهم قد وجد، وإن لم يكن في يدها شيء فله ثلاثة دراهم، لأن أقل الجمع حقيقة، بـدليل ما لو وصيّ له بدراهم. ولأبي محمد احـتمال، أنـه إذا كـان في يـدها دون الثلاثـة دراهم لزمها ثلاثة كما لو لم يكن في يدها شيء.

وأعلم أن أبا البركات له في الخلع على المجهول تحرير حسن لم أره لغـيره، وملخص ما قاله في هذه الصورة: أن الذي قاله الخرقي على مختـاره مـن صـحة الخلع بغير عوض، أمـا إن قيـل باشـتراط العـوض فهنـا يجـرى قـول أبي بكـر

(١) ولأنـه لا يملـك بـضعها فلـم يلحقهـا طلاقـه كالأجنبيـة، ولأنهـا لا يقـع بهـا الطـلاق المرسـل ولا تطلّـق بالكنايـة، فلـم يلحقهـا الـصريح المعـيّن كـما قبـل الـدخول. (المغنـي والـشرح الكبـير: ٨/ ١٨٤).

بالبطلان، والمشهور خلافه، وعلى المشهور هل يجب كما تقدم، أو يبطل المسمىّ ويجب مهر المثل أو إن وجد شيء فهو له وإلا وجب مهر امثل على ثلاثة أوجه. والله أعلم.

(قال): لو خالعها على غير عوض كان خلعًا ولا شيء له.

(ش): إحدى الروايتين عن أحمد - رحمه الله -، واختيار الخرقي وابن عقيل في التذكرة، لأنه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن زوجها وتحتاج على فراقه، فتسأله ذلك، فإذا أجابها فقد حصل المقصود منه.

والثانية لا يصح إلا بعوض، اختارها القاضي وجمهور أصحابه: أبو الخطاب والشريف والشيرازي وغيرهم، لأن الخلع الذي ورد في الكتاب والسنّة ورد بعوض، والأصل عدم جواز ما عداه، ولأن الخلع إن كان فسخًا فالزوج لا يملك فسخ النكاح إلا لعيبها، بخلاف ما إذا دخله العوض فإنه يصير معاوضة، فلا يجتمع له العوض والمعوّض، وإن كان طلاقًا فليس بصريح فيه اتفاقًا، وإنما هو كناية. والكناية لا بد فيها من النية أو ما يقوم مقامها، وهو الحال هذه بدل المعوّض، ولم يوجد واحد منهما.

فعلى هذه الرواية إن خلا عن عوض ولم يقع به شيء إلا حيث نجعله طلاقًا، فيكون طلاقًا رجعيًا. والله أعلم.

(قال): ولو خالعها على ثوب ونحوه، له حالتان، فخرج معيبًا فهو مخيّر بين أن يأخذ أرش العيب أو قيمة الثوب ويردّه.

(ش): الخلع على ثوب ونحوه له حالتان.

إحداهما: أن يكون معينًا ، وهو ينقسم قسمين: منجز ومعلّق: فالمنجز وهو مراد الخرقي أن يقول: خلعتك على هذا الثوب، فهذا إن لم يعلم به عيب

حين العقد ثم اطّلع على عيب فإنه يخيّر بين أخذ أرش العيب عوضًا عن الجزء الفائت، وبين ردّ الثوب وأخذ قيمته سليمًا، لأن مقتضى المعاوضة أنه إذا ردّ الثوب رجع في مقابله وهو البضع، لكن ذلك متعذر، لأن البينونة إذا وقعت لا ترتفع، فيرجع ببدل ما رضي به وهو الثوب. وفيه البحث السابق في الصداق، أنه كان ينبغي أن يرجع في بدل البضع وهو مهر المثل.

وفي المذهب رواية أخرى أنه لا أرش له مع إمساكه، كالرواية المذكورة في البيع والصداق والمعلّق أن يقول: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق، فهذا المنصوص عن أحمد، وهو اختيار الشيخين لأنه إذا اطّلع فيه على عيب فلا شيء له تغليبًا للشرط. وحكى أبو محمد عن الأصحاب انه كالذي قبله تغليبًا للمعاوضة.

والحال الثانية: أن يكون غير معيّن، وهو قسمان أيضًا.

أحدهما: أن يكون موصوفًا بصفات السلم في الذمة، فهذا إذا سلّمته إليه فوجد به عيبًا فله إمساكه، لأن غايته أنه قد رضي بدون حقّه وردّه وأخذ بدله، لأن الذي وجب له في الذمة سليم فيرجع إليه.

والثاني: أن يكون مجهولاً، كأن يخالعها على ثوب. فإن لم يشترط العوض فله أقل ما يتناوله الاسم وإن اشترطناه فهل يصح الخلع والحال هذه؟ فيه وجهان، والمذهب منهما الصحة، وعليه فهل يجب أقل ما يتناوله الاسم أو قدر مهر مثلها؟ فيه وجهان[1]. والله أعلم.

(قال): وإذا خالعها على عبد فخرج حرًا أو استحق له عليها قميته.

(ش): لتعذّر أخذه والرجوع في البضع، وإذن فيرجع في بدل ما رضي به

(١) وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه. فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق، سواء قبضه أو لم يقبضه، لأن العطية وجدت. (المغني والشرح الكبير:٨/ ١٩٩).

وهو قيمته. وفيه الإشكال السابق.

وقول الخرقي: «خرج حرًا أو استحق» يحترز عما إذا خالعها على ما يعلمان أنه حر أو مغصوب، فإنه لا شيء بلا ريب، ولكن هل يصح الخلع، أو يكون كالخلع بغير عوض؟ فيه طريقتان للأصحاب، والأولى طريقة القاضي في الجامع الصغير وابن البنا وابن عقيل في التذكرة. والثانية طريقة الشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي والشيخين. والله أعلم.

(قال): و لو قالت: طلّقني ثلاثًا بألف، فطلّقها واحدة لم يكن له شيء ولزمتها التطليقة.

(ش): أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه، لأنه أتي بلفظه الصريح، وأما الألف فلا يستحق منها شيئًا على المنصوص. والمجزوم به عند عامة الأصحاب، لأنها إنما بذلتها في مقابلة الثلاث ولم يحصل، وصار كما لو قال: بعني عبديك بألف. فقال: بعتك أحدهما بخمسمائة. وفارق إذا قال: من ردّ عبيدي فله كذا. فردّ بعضهم فإنه يستحق بالقسط، لأن غرضه يتعلق بكل واحد من العبيد، وهنا غرضها يتعلق ببينونة كبرى وما حصلت. ولأبي الخطاب في الهداية احتمال أنه يستحق ثلث الألف، كما لو قال: من رد عبيدي الثلاثة فله ألف درهم. فردّ أحدهم كان له ثلث الألف، فعلى هذا يقع الطلاق بائنًا وعلى المذهب يكون رجعيًا، وهذا إذا كان في يده الطلقات الثلاث. فلو لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة فقالت: طلقني ثلاثًا بألف، لأن الواحدة إذا تحصل ما يحصل الثلاث من البينونة الكبرى. فالغرض الذي طلبته المرأة حاصل لها.

ولأبي محمد في المقنع احتمال، أنها إذا لم تعلم، ليس له إلا ثلث الألف، لأنها مع العلم معنى كلامها: كمل لي الثلث، بخلاف ما إذا لم تعلم.

فإن الألف مبذولة في الطلقات الثلاث فسقطت عليها. والله أعلم.

(قال): وإذا خالعتهُ الأمةُ بغير إذن سيِّدها على شيّء معلوم كان الخلعَ واقعًا ويتبعها إذا أعتقت بمثله إن كان لهُ مثل وإلاَّ قيمتهُ.

(ش): إذا خالعته الأمةُ فلا يخلو أما يكون بإذن سيّدها أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه صح بلا ريب، كما لو أذن لها في تجارة أو نحوها[1]،ومحل العوض كمحله في استدانتها يتعلق بذمة سيّدها على المذهب. وإن كان بغير إذنه فهل يصح؟ فيه وجهان.

أحدهما: وهو مقتضى المحكي عن القاضي في المجرد، وأورده أبو البركات مذهبًا لا يصح لأن الخلع عقد معاوضة فلم يصح كالبيع ونحوه.

والثاني: وهو الذي قطع به الخرقي والقاضي في الجامع الصغير وأبو الخطاب في الهداية، والشريف، وأبو محمد في كتبه الثلاثة يصح، لأنه إذا صح الخلع مع الأجنبي فمع الزوجة أولى. والخلع يفارق البيع، بدليل صحته على المجهول وبغير عوض على رواية، وغير ذلك.

ويتخرج لنا وجه ثالث، أنها إن خالعته في ذمتها صح، وعلى شيء في يدها لا يصح كبيعها ونحوه في رواية تقدمت. وعلى القول بالصحة قال الخرقي وعامة من تبعه تتبع بالعوض بعد العتق لتعذّر الأخذ منها في الحال،فيرجع عليها حين يسارها. وقال أبو محمد: إن وقع على شيء في الذمة فكذلك، وإن

---

(١) لأن الخلع مع الأمة صحيح، سواء كان بإذان سيّدها أو بغير إذنه، لأن الخلع يصح مع الأجنبي فمع الزوجة أولى، ويكون طلاقها على عوض بائنًا، والخلع معها كالخلع مع الحرّة سواء . (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢١٣).

وقع على عين فقياس المذهب أنه لا شيء له. قال: لأنه إذا علم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضيًا بعير عوض، يلزم من هذا التعليل بطلان الخلع على المشهور، لوقوعه بغير عوض. والله أعلم.

(قال): وما خالع به العبد زوجته من شيء جاز.

(ش): لأنه إذا صح طلاقه من غير عوض فبعوض ما أولى واحرى[1].

(قال): هو لسيّده.

(ش): يعني عوض الخلع الذي خالع به العبد لسيّده، لأنه من كسبه وكسبه لسيّده. ولم يتعرض الخرقي لمن يقبضه. وقد يقال: إن ظاهر كلامه أن السيّد هو الذي يقبضه، وهو اختيار أبي محمد، وصاحب النهاية، كبقية أملاك السيّد. وظاهر كلام أحمد، واختاره القاضي أن للعبد قبضه لأنه لمّا ملك العقد تبعه عوضه. والله أعلم.

(قال): وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة لأنه إذن متهمة لاحتمال قصدها أن يعطى الوارث زيادة.

(ش): هذا أيضًا من مشكاة الذي قبله لأنه إذا أوصى لها بأكثر من ميراثها بخلاف ما إذا كان بالثلث فما دون فإن التهمة منتفية.انتهى.

---

(١) لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء، فلأن يملكه محصلاً للعوض أولى، والعبد يملك الطلاق فملك الخلع، وكذلك المكاتب والسفية. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٢٠).

وفي بعض النسخ: ولو خالعها، وعليها شرح أبو محمد، وهي أمس وفيها دلالة على صحة خلع المريض، وهو واضح لأنه يصح طلاقه، فمخالعته أولى. والله أعلم.

(قال): ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضته ثم أسلما أو أحدهما لم يرجع عليه بشيء.

(ش): تخالع الكفّار صحيح، لأنه يصح طلاقهم فصحّ مخالعتهم كالمسلمين، ثم إن كان العوض صحيحًا فواضح، وإن كان محرّمًا كالخنزير والخمر، فإن قبضه الزوج فقد مضى حكمه ولا شيء له، وإن أسلم، كما لو تبايعا ذلك وتقابضا. ودليل الأصل قوله سبحانه: ﴿مَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾[1] وإن لم يقبضه، فقال القاضي في الجامع الكبير: لا شيء له لرضاه بما لي بما ليس، أشبه المسلمين إذا تخالعا على ذلك. وقال في المجرد: يجب مهر المثل لأن العوض فاسد، فرجع على قيمة المتلف وهو مهر المثل. واختار أبو محمد أنه يجب قيمة ذلك عند أهله، لأنه إنما رضي بعوض. وقد تعذّر العوض فيرجع في بدله وهذا قياس المذهب كما لو خالعها على عبد فخرج حرًا ونحو ذلك. وفارق المسلم إذا خالع على ذلك لأنه رضي بغير رضي. والله سبحانه أعلم.

---

(١) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

﴿كِتابُ الطلاق﴾

(ش): الطلاق لغة: التخلية. يقال طلقت الناقة، إذا سرحت حيث شاءت. وجلس فلان في الحبس طلقًا، إذا كان بغير قيد. والإطلاق: الإرسال.

وهو في الشرع راجع لذلك، لأنه حل قيد النكاح، ومن حل نكاحها فقد خليت. ويقال: طلقت المرأة. وطلقت بفتح اللام وضمها، تطلق بضم اللام فيها طلاقًا وطلقة[1]. والله أعلم.

(قال): وطلاق السنة: أن يطلقها طاهرًا من غير جماع واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها.

(ش): طلاق السنة: ما أذن فيه صاحب الشرع[2]. وعكسه طلاق البدعة: ما نهى عنه. ولان خلاف أن المطلق على هذه الصفة مطلق للسنة. قاله ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما. والأصل فيه قول تعالى: ﴿يأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[3] إلى قوله سبحانه: ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾. قال ابن مسعود في تفسيرها: طاهرًا من غير جماع ونحوه. وعن ابن

---

(١) قال في الرعاية الكبري: حل قيد النكاح أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات أو بعضها، وقيل: هو تحريم بعد تحليل كالنكاح: تحليل بعد تحريم.

(٢) وهو الطلاق في طهر لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها.

(٣) الآية ١ من سورة الطلاق.

عباس. وفي الصحيحين: «أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك. فقال رسول الله ﷺ: مره فليراجعها ثم إن شاء أمسك بعد ذلك، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي امر الله أن تطلق لها النساء»[1] وفي رواية في الصحيحين أيضًا: «ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فذلك الطلاق للعدة كما أمره الله تعالى».

وقول الخرقي: «طاهرًا» يخرج الحائض. وقوله: «من غير جماع» ويخرج الطاهر المصابة في الظهر، ولا نزاع أن طلاق هاتين للبدعة. وقد دل عليه ما تقدم. وقوله: «واحدة حتى تنقضي عدتها» يحترز عما لو طلقها أكثر من واحدة في طهر، أو طلق في كل طهر طلقة. وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله. والله اعلم.

(قال): ولو طلقها ثلاثًا في طهر لم يصبها فيه، كان أيضًا للسنة وكان تاركًا للاختيار.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن أحمد – رحمه الله –، لأن في حديث فاطمة بنت قيس «أمْرَأَةَ رِفَاعَةَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ الله إِنَ رِفَاعَةَ طَلّقني فَبَتَّ طَلاَقِي»[2] وظاهر وقوع الثلاث بكلمة واحدة. وفي حديث المتلاعنين في الصحيح: «قال عويمر: «كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها» فطلقها

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق (١، ٢، ٣، ٤٤، ٤٥) وفي تفسير وسورة (٦٥: ١) وفي الأحكام (١٣)؛ وأخرجه مسلم في الرضاع (٦٦-٦٧، ٨٠، ٨١، ١٠١)؛ وأبو داود في الطلاق (٤)؛ والنسائي في الطلاق (٣، ٥، ١٩)، وابن ماجه في الطلاق(١-٣)؛ والدارمي في الطلاق (١، ٢)؛ والإمام مالك في الطلاق (٥٣)؛ والإمام أحمد في ١/ ٤٤وفي ٢/ ٢٦، ٣٤، ٥١، ٥٤، ٥٨ وفي ٣/ ٣٨٦.

(٢) أخرجه البخاري في الطلاق (٤) وفي اللباس (٦) وفي الأدب (٦٨)؛ وأخرجه مسلم في الطلاق (١، ٢)؛ والترمذي في النكاح (٢٧)؛ وابن ماجه في النكاح (٣٢)؛ والدارمي في الطلاق (٤).

ثلاث تطليقات عند رسول الله ﷺ، فأنفذه رسول الله ﷺ»[1]، ولم ينقل أن النبي ﷺ أنكر ذلك ولم يكن للسنة لأنكره.

والرواية الثانية وهي أنصهما، أن جمع الثلاث بدعة، وهذا اختيار أبي بكر، وأبي حفص، والقاضي، والشريف، وأبي الخطاب، والشيرازي، والقاضي أبي الحسين، وأبي محمد، لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[2] إلى قوله ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾[3]﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[4] ثم قال سبحانه: ﴿وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجاً﴾[5]، ﴿مَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْراً﴾[6]. ومن طلق ثلاثًا لم يبق له أمر يحديث، ولم يجعل له مخرجًا ولا يسرًا. قال مجاهد: «كنت عند ابن عباس، فجاءه رجل فقال له: إنه طلق امرأته ثلاثًا. قال: فسكت حتى ظننت أنه رادّها إليه. ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموق، ثم يقول: يا ابن عباس، وإن الله تعالى: قال ﴿ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجاً ﴾، وإنك لم تتق الله، فلا أجد لك مخرجًا، عصيت ربك، وبانت منك امرأتك. وإن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ رواه أبو داود[7].

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٣٥).
(٢) الآية ١ من سورة الطلاق.
(٣) الآية ١ من سورة الطلاق.
(٤) الآية ٢ من سورة الطلاق.
(٥) الآية ٢ من سورة الطلاق.
(٦) الآية ٤ من سورة الطلاق.
(٧) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق: ١/ ٥٠٤، ٥٠٥.

وعن محمود بن لبيد قال: «أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعًا. فغضب ثم قال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم. حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله»[1]. رواه النسائي.

وأما حديث فاطمة بنت قيس ففيه في مسلم وأبي داود والنسائي أنها قالت: «أن أبا حفص طلقها آخر ثلاث تطليقات»[2] وفي رواية أخرى لهم: «أنه بعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها». وهذا يبيّن أن رواية: «طلقها ثلاثًا» أو: «طلقها البتة» يعني أنه استوفى عدد طلاقها، ولذلك يحمل حديث ركانة[3] مع أنه لم يكن بحضرة النبي ﷺ حتى ينكر عليه.

وأما حديث المتلاعنين، فالمنع من الثلاث إنما كان حذارًا من سد الباب أظهار لم يكن محرّمًا. ولا فرق بين أن يجمعها في طهر واحد أو ثلاثة أطهار على روايتين.

إحداهما: أن المحرّم الجمع، لظاهر حديث ابن عمر الصحيح: «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس».

والثاني: لا فرق بين الجمع والتفريق في أن الجمع بدعة، لما روى

---

(١) أخرجه النسائي في الطلاق (٦)؛ وابن ماجه في الفتن (٣٣).

(٢) أخرجه مسلم في الطلاق (٤٠)؛ وفي النكاح (١١٢، ١١٣)؛ وأخرجه أبو داود في الطلاق (٣٩)؛ والنسائي في الطال ق(٧٠)؛ والإمام أحمد ٦/ ٢٢٦، ٤١٦.

(٣) حديث ركانه رواه أبو داو في سننه، كتاب الطلاق. باب فسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث: ١/ ٥٠٧، ٥٠٨.

الدارقطني عن الحسين قال: حدثنا عبد الله بن عمر: «أنه طلّق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرءين، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: يا ابن عمر، ما هكذا أمرك الله تعالى، إنك قد أخطأت السنّة، والسنّة أن تستقبل الطهر فيطلق لكل قروء قال: فأمرني رسول الله ﷺ فراجعتها. ثم قال: إذا [هي] طهرت فطلّق عند ذلك أمسك. فقلت: يا رسول الله أرأيت لو طلّقتها ثلاثًا أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: لا كانت تبين منك وتكون معصية»[1].

وعن علي - رضي الله عنه - [قال]: « لو أن الناس أخذوا بأمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدًا يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثًا، فمتى شاء راجعها» رواه النجاد، وحديث ابن عمر محمول على حصول رجعة بعد الطلاق وإذًا الطلاق بعد الرجعة للسنّة بلا ريب. ويتخلص أن في المسألة ثلاث روايات، والثالثة: الجمع في الطهر الواحد بدعة، والتفريق سنّة، وأعلم أن بين الشيخين نزاعًا في فرع آخر، وهو: لو طلّقها طلقتين، فعند أبي محمد أنه للسنّة، وإن كان الجمع بدعة، لكن الأولى عنده أن يطلق واحدة، وعند أبي البركات أنه كما لو جمع الثلاث. والله أعلم.

تنبيه: أكثر الأصحاب على أن العلة في منع الطلاق في الحيض تطويل[2] العدة، وخالفهم أبو الخطاب فقال: تطليقة في زمن رغبته عنها. قال أبو العباس: وقد يقال: إن الأصل في الطلاق النهي عنه فلا يباح إلا وقت الحاجة وهو الطلاق الذي تتعقبه العدة، لأنه لابد من عدة والعلة في منع

(١) رواه الدارقطني في سننه: كتاب الطلاق والخلع والإيلاء: ٤/ ٣١.
(٢) في نسخة «أ»: «بطول».

الطلاق في الظهر المصاب فيه احتمال الحمل، فيحصل الندم، ولهذا إذا استبان حملها أبيح الطلاق، ولعلة في جمع الثلاث سد الباب عليه، وعدم المخرج له، كما أشار إليه الكتاب العزيز، واختلف الأصحاب في الطلاق في الحيض هل هو محرّم لحق الله تعالى فلا يباح وإن سألته أو لحقها فيباح لسواها على وجهين.

الأول: ظاهر إطلاق القرآن والسنة، وهو ما جمع الثلاث فمحرّم عند من كرهه لحقّ الله تعالى فلا يباح بسؤالها بلا نزاع نعلمه، والله أعلم.

(قال): وإذا قال لها: أنتِ طالق للسُّنّة وكانت حاملاً أو طاهرًا طهرًا لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق، وإن كانت حائضًا لزمها الطلاق إذا طهرت وإن كانت طاهرة مجامعة فيه، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق.

(ش): اللام في السنّة للوقت، فغذا قال لها: أنت طالق للسنّة، أي لوقت السنّة، فإن كانت طاهرًا غير مجامعة في ذلك الطهر فقد وقع الطلاق لوجود ظرفه وهو وقت للسنّة، وكذلك إن كانت حاملاً، لأن في مسلم والسنن من حديث ابن عمر: «مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرًا أو حاملاً»[1] وفي لفظ: «إذا طهرت أو وهي حامل» وقال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنّة، ولأن المطلِّق والحال هذه داخل على بصيرة فلا يخاف ظهور أمر يتحدد معه الندم. انتهى.

وإن كانت حائضًا فهذا ليس بوقت للسنّة، فلم يوجد ظرف الطلاق، فإذا طهرت وجد وقت السنّة فتطلّق، وكذلك إن كانت طاهرة مجامعة في الطهر لم يوجد ظرف الطلاق، ثم هذا الطهر يتعقبه الحيض، وهو أيضًا وقت للبدعة لا للسنّة، فإذا طهرت منه وجد وقت السنّة فتطلّق لوجود ظرفه.

(١)أخرجه مسلم في الطلاق (٤، ٨).

وظاهر كلام الخرقي أن بمجرّد الطهر يوجد وقت السنّة وإن لم تغتسل، وهذا هو المذهب.

وقيل: لا يوجد حتى تغتسل. ولعل مبنى القولين على أن العلة في المنع من طلاق الحائض إن قيل تطويل العدة، وهو المشهور أبيح الطلاق بمجرد الطهر، وإن قيل الرغبة عنها لم يبح حتى تغتسل لمنعها منها قبل الاغتسال. والله أعلم.

(قال): ولو قال لها: أنت طالق للبدعة وهي في طهر لم يصبها فيه لم يقع الطلاق حتى يصيبها أو تحيض.

(ش): هذه الصورة عكس التي قبلها. فإذا قال لزوجته: أنت طالق للبدعة فمعناة لوقت البدعة، فإذا كانت في طهر لم يصبها فيه، فهذا ليس بوقت البدعة فلا تطلق، فإذا أصابها أو حاضت فقد وجد وقت البدعة فتطلق هذا قول الأصحاب، واختار أبو البركات أنه إذا قال لها أنت طالق للبدعة وهي في زمن السنّة أنها تطلّق طلقتين في الحال، إن قلنا الجمع بدعة، لأنه لما لم يكن في وقت بدعة، فالظاهر أنه لم يرد البدعة إلا من حيث العدد. ومعناه: أنت طالق طلاقًا للبدعة، أي موصوفًا بأنه للبدعة، وإذن تطلّق طلقتين لأنه طلاق موصوف بالبدعة. والله أعلم.

(قال): ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها: أنت طالق للسنّة طلّقت من وقتها لأنه لا سنّة فيه ولا بدعة.

(ش): قد ذكر الخرقي – رحمه الله الحكم وأشار على علّته بأنه لا سنّة في هذا الطلاق، أي طلاق غير المدخول بها، ولا بدعة. وقد حكى ذلك ابن عبدالبر إجماعًا في غير العدد وذلك لما تقدم من أن العلة في المنع من الطلاق في الحيض طول العدة، وفي الطهر المجامع فيه خوف الندم لظهور الحمل، وغير المدخول بها لا عدة عليها، ولا إرتياب في حقّها، ولو عكس فقال لغير المدخول

بها: أنت طالق للبدعة وهي طاهر طلّقت في الحال كذلك.

وكذلك حكم الآيسة والصغيرة لا سنّة لطلاقهما ولا بدعة وكذلك الحامل المستبان حملها على أشهر الروايتين لما تقدم.

والرواية الثانية تثبت سنة الوقت للحامل، لحديث ابن عمر المتقدم. وهو ظاهر كلام الخرقي السابق، ولهذا لم يقل: إذا قال: أنت طالق للبدعة، أنها تطلق إذا كانت حاملاً. وعلى هذا إذا قال للحامل: أنت طالق للبدعة لم نطلق في الحال حتى يوجد نفاس أو حيض.

تنبيه: وقول الخرقي لا سنّة فيه ولا بدعة، أي من حيث الوقت، وكذا من حيث لعدد على مختاره، وعلى الرواية الأخرى تثبت لهم السنّة من حيث العدد. والله أعلم.

(قال): وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع.

(ش): طلاق الزائل العقل لجنون أو إغماء أو طفولية لا يقع، لقول لنبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»(1) رواه أبو داود. وقال عليّ ﷺ: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه»(2) ذكره البخاري في صحيحه. مع أن هذا قد حكي إجماع والحمد لله.

وقد يدخل في كلام الخرقي - رحمه الله - النائم، وهو أيضًا بالإجماع، وقد شهد له النص.

ومما يدخل في كلام الخرقي مَن تعاطى ما يزيل عقله لغير حاجة كالبنج ونحوه، وقد اختلف المذهب في هذا، فألحقه ابن حامد وأبو الخطاب في الهداية

(1) سبق تخريجه هذا الحديث.
(2) أخرجه البخاري في الطلاق (11)؛ والترمذي في الطلاق (15)؛ وابن ماجه في الطلاق (15).

وأبو محمد، بالسكران، وفرّق أحمد بينهما فألحقه بالمجنون. ووجه القاضي الفرق بأن الغالب من الناس أنهم يشربون لغير المعصية بخلاف المسكر، والحكم يتعلق به الغالب، ولأن كثيرًا ممن يشرب يظهر زوال العقل مع ثباته، فحكم بإيقاع الطلاق سدًّا للذريعة، بخلاف متعاطي البنج ونحوه. ومما قد يحلق البنج الحشيشة الخبيثة، وأبو العباس يرى أن حكمها حكم الشراب المسكر حتى في إيجاب الحد. ويفرّق بينها وبين البنج بأنها تُشتهى وتُطلب فهي كالخمر، بخلاف البنج، فالحكم عند منوط باشتهاء النفس وطلبها. والله أعلم.

(قال): وعن أبي عبد الله[1] -رحمه الله- في طلاق السكران روايات إحداهنّ لا يلزمه الطلاق، وراوية يلزمه، في رواية يتوقف عن الجواب ويقول: وقد اختلف أصحاب رسول الله ﷺ فيه.

(ش): الرواية الأولى اختيار أبي بكر، وابن عقيل فيها أظن، ونص عليها أحمد صريحًا في رواية جماعة بل هي آخر قوليه على ما حكى عنه الميموني. قال: أكثر ما فيه عندي انه لا يلزمه الطلاق. فقيل له: أليس كنت مرة تخاف أن يلزمه؟ قال: بلى، ولكن أكثر ما عندي أنه لا يلزمه، وذلك لقول عثمان - ﷺ -: «ليس لمجنون ولا لسكران طلاق»[2] وقال ابن عباس: «طلاق السكران والمستكره ليس بجائز» ذكرهما البخاري في صحيحه. قال أحمد في حديث عثمان أرفع شيء فيه، وهو أصح، يعني من[3] حديث علي. وقال ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان، ولا نعرف أحدًا من الصحابة خالفه، وقد جاء في حديث بريدة في قصة ماعز أنه قال: «يا رسول الله طهّرني. قال: مم أطهّرك؟ قال: من

(١) في نسخة «ج»: «وعن أحمد».
(٢) أخره البخاري في الطلاق «١٠٠».
(٣) «من» زيادة من «ج».

الزنا. فسأل رسول الله ﷺ: أبه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون. فقال: أشرب خمرًا، فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر، فقال النبي ﷺ: أزنيت؟ قال: نعم. فأمر به فرجمْ»(١) رواه مسلم والترمذي وصحّحه.

وهذا ظاهر في أن وجود ريح الخمر منه يمنع من ترتّب الحكم عليه ويجعله في يحكم المجنون، ولأنه زائل العقل أشبه المجنون و النائم، ولأن شرط التكليف العقل وهو مفقود، ولا أثر لزوال الشرط بمعصيته، بدليل أن من كسر ساقه جاز أن يصلّي قاعدًا ولا قضاء عليه، وكذلك لو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة.

والرواية الثانية: اختارها الخلال والقاضي وعامة أصحابه الشريف وأبو الخطاب والشيرازي وغيرهم، لأنه يروى عن النبي ﷺ: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه»(٢) وعن علي مثله ذكره البخاري في صحيحه، وروى أبو وبرة الكلبي قال: أرسلني خالد إلى عمر، فإتيته في المسجد ومعه عثمان وعليّ وعبدالرحمن وطلحة والزبير فقلت: إن خالدًا يقول: إن الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة. فقال عمر: هؤلاء عندك فسلهم. فقال عليّ: نراه إذا سكر هذي، وإذا هذي افتري، وعلى المفتري ثمانون. فقال عمر: أبلغ صاحبك ما قال». فجعله الصحابة في حكم الصاحي، بدليل أنهم أوجبوا عليه حد المفتري، ولأن كثيرًا ممن يتعاطى ذلك يظهر زوال العقل مع ثباته فعومل معاملة الصاحي سدًا للذريعة، ولا يخفى أن أدلّة الرواية الأولى أظهر إذا حديث الأول، وكذلك قصة أبي وبرة لم يذكر من رواهما، ولا يعرف صحّتهما، ثم

---

(١) أخرجه البخاري في الأحكام (٢١)؛ والترمذي في الحدود (٥)؛ والإمام ملاك في الحدود (١٣، ٤، ١٢).

(٢) أخرجه الإمام مالك في الأشربة (٢).

يضعف قصة أبي وبرة أن مذهب علي - ﷺ-: أن السكران إنما يجلد أربعون. وما ذكره البخاري عن علي - ﷺ- في قوله: «كل طلاق جائز» فغايته عموم. والرواية الثالثة نص عليها فيما أظن في رواية حرب، وقد ذكر وجه توقفه، وهو اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ.

وفي التحقيق لا حاجة إلى ذكر هذه الرواية لأن أحمد حيث توقف، فللأصحاب قولان، وقد نصد على القولين، فاستغنى عن ذكر رواية التوقف.

وأعلم أن الروايتين المتقدمتين يجريان في عتقه ونكاحه وبيعه وردّته، وسائر أقواله وقتله وسرقته، وكل فعل يعتبر له العقل، وعنه أنه كالمجنون في أقواله وكالصاحي في أفعاله، لأن تأثير الفعل أقوى من تأثير القول، ولهذا قلنا على رواية إن الإكراه لا يؤثر في الأفعال.

وعنه رابعة أنه في الحدود كالصاحي، وفي غيرها كالمجنون. قال في رواية الميموني: يلزمه أن يقول: اختياره في الطلاق عدم الوقع، وذلك سدًا للذرعية، وحذارًا من أن تنتهك محارم الله بالاحتمال، ويشهد لها أيضًا قصة أبي وبرة إن صحت.

وعنه رواية خامسة، أنه فيما يستقبل به مثل عتقه وقتله وغيرهما كالصاحي وفيما لا يستقبل به مثل بيعه ونكاحه ومعاوضاته كالمجنون حذارًا من أن يلزم غيره بقوله شيء، حكاها ابن حامد.

قال القاضي: وقد أومأ إليها في رواية البرزاطي وقد سأله عن طلاق السكران، فقال: لا أقول في طلاقه شيئًا. قيل له: فبيعه وشراؤه؟ قال: أمّا بيعه وشراؤه فغير جائز.

قلت: نقل عنه اسحاق بن هانيء ما يحتمل عكس هذه الرواية فقال: لا أقول في طلاق السكران وعتقه شيئًا، ولكن شراءه وبيعه جائز.

تنبيه: السكر الذي يقع الخلاف فيه[1] أن يخلط في كلامه ولا يعرف نعله من نعل غيره ونحو ذلك. قال سبحانه: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى حَتَّىَ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾[2]. فجعل سبحانه علامة زوال السكر علمه بما يقول ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض ونحو ذلك، لأن ذلك لا يخفى على المجنون. والله أعلم.

(قال): وإذا عقل الصبي الطلاق فطلّق[3] لزمه.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار عامة أصحابه الخرقي، و أبي بكر، وابن حامد، والقاضي، وأصحابه كالشريف وأبي الخطاب وابن عقيل، لما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «أتي النبي ﷺ عبدًا[4] فقال: يا رسول الله سيدي زوّجني أمته وهو يريد أن يفرّق بيني وبينها. قال: فصعد رسول الله ﷺ المنبر، فقال: يأيها الناس، ما بال أحدكم يزوج عبد أمته ثم يريد أن يفرّق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق[5] رواه ابن ماجه والدارقطني. ولما يروى من قوله ﷺ: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله».

والثانية، لا يقع طلاقه حتى يبلغ، لقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة»..الحديث.

وتقييد الخرقي الصبي بالعاقل، ليخرج من لم يعقل، ولا نزاع في ذلك ولينيط الحكم بالعقل. وكذا أكثر الروايات وهو اختيار القاضي وغيره.

---

(١) في نسخة «أ»: «تنبيه: الذي يقع فيه الخلاف».
(٢) الآية ٤٣ من سورة النساء.
(٣) في نسخة «ج»: «وطلق».
(٤) في نسخة «أ»: «رجل».
(٥) أخرجه ابن ماجه في الطلاق (٣١).

وعنه تقييد ذلك بابن عشر، وهو اختيار أبي بكر، لجعله حدًا للضرب على الصلاة ونحوها.

ومعنى عقل الطلاق أن يعرف أن النكاح يزول به، ويلزم من هذا يكون مميزًا، والله أعلم.

(قال): ومن أكره على الطلاق لم يلزمه شيء.

(ش): لما يروى عن النبي ﷺ انه قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». رواه ابن ماجه. وعن عائشة – رضي الله عنها– قالت: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: لاَ طَلاَقَ وَلاَ عَتَاقَ فِي غْلاَقٍ»[1] رواه أبو داود، وهذا لفظه، وأحمد وابن ماجه، ولفظهما: «في إِغْلاَقٍ»[2].

وقال المنذري: وهو المحفوظ. قال أبو عبيد القتيبي معنا في إكراه. وقال أبو بكر: سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا: لا يريد الإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه. وقد تقدم قول ابن عباس: «أن طلاق السكران والمستكره[3] ليس بجائز.

وعن قدامة بن إبراهيم: «أن رجلاً على عهد عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– تدلّى يشتار عسلاً فأقبلت امرأته فجلست على الحبل فقالت: ليطلّقها ثلاثًا وإلا قطعت الحبل، فذكرها الله والإسلام فأبت، فطلّقها ثلاثًا ثم خرج إلى عمر فذكر ذلك له فقال: إرجع إلى هذا فليس هذا بطلاق». رواه سعيد ابن منصور، وأبو عبيد القاسم بن سلام.

---

(١) أخرجه أ[بو داود في الطلاق (٨)؛ وأخرجه ابن ماجه في الطلاق (١٦)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٧٦.
(٢) أي من إكراه لأنَّ للمَكْرَه عليه مُغلَقٌ في أمْرِه ومُضيَّق عليه في تصرُّفه، كما يُغْلق البابُ على الإنسان. النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير: ٣/ ٣٧٩، ٣٨٠.
(٣) في نسخة «أ»: «والمسكر» والصواب ما أثبته من نسخة «ج».

ويستثنى من هذا إذا كان الإكراه بحقّ، كإكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربّص إذا لم يف، وإكراه الرجلين اللذين زوّجها وليّان ولم يعلم السابق منهما، لأن قول حمل عليه بحقّ فصحّ كإسلام المرتد.

وقول الخرقي: ومن أكره على الطلاق لم يلزمه شيء، ظاهره وإن نوى به الطلاق، وهو أخذ القولين نظرًا إلى أن اللفظ مرفوع عنه بالإكراه، فإذن تبقى نيّته مجرد.

والقول الثاني أنه بمنزلة الكناية إن نوى به الطلاق وقع وإلا لم يقع، حكاهما أبو الخطاب في الانتصار، وكذلك حكى شيخه عن أحمد ما يدل على روايتين، وجعل الأشبه الوقوع. وكذلك أورده أبو محمد مذهبًا، ولا نزاع عند العامة أنه إذا لم ينو الطلاق ولم يتأول بلا عذر أنه لا يقع. ولابن حمدان احتمال بالوقوع والحال هذه، والله أعلم.

(قال): ولا يكون مكرهًا حتى يناله شيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه[1]، ولا يكون التواعد إكراهًا.

(ش): هذا إحدى الروايتين، واختيار القاضي وجمهور أصحابه، الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وغيرهم. ونص عليه أحمد في رواية الجماعة، وقال: كما فعل بأصحاب النبي ﷺ، وكأنه يشير إلى قصة عمار - ﷺ -، فروى «أن المشركين أخذوه، فأرادوه على الشرك فأعطاهم، فانتهى إليه النبي ﷺ وهو يبكي، فجعل يمسح الدموع عن عينه ويقول: أخذك المشركون

---

(١) يشترط للإكراه شروط:

الأول: أن يكون المكره قادرًا بسلطان أو تغلب، كاللص ونحوه.

الثاني: أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه مع عجزه عن دفعه وهربه واختفائه.

الثالث: أن يكون ما يستضر به ضررًا كثيرًا، كالقتل والضرب الشديد، والحبس والقيد الطويلين، وأخذ المال الكثير. (الإنصاف: ٨/ ٤٤٠).

فغطوك في الماء، وأمروك أن تشرك بالله، ففعلت، فإن أمروك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» رواه أبو حفص.

ووجه الدليل منه: أن الرخصة وردت في مثل ذلك فاقتصر عليه. ولأن التواعد غير محقق، وغايته ظن، ولا يترك بالظن أم متيقن.

والرواية الثانية يكون القواعد إكراهًا، اختيارها ابن عقيل في التذكره، وأبو محمد لما تقدم عن عمر في الذي اشتار العسل، ولأن الإكراه إنما يتحقق بالوعيد، فإن الماضي في العقوبة لا يندفع بفعل ما أكثره عليه، وإنما يباح الفعل المكره دفعًا لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد، فعلى الرواية الأولى شرط الضرب أن يكون شديدًا أو يسيرًا في حق ذي مودّة على وجه يكون إخراقًا وما يشبه الضرب وعصر الساق، القيد والحبس الطويلين وأخذ المال الكثير، زاد في الكافي والإخراج من الديار لا السب ونحوه، رواية واحدة، قاله في المغني، وجعل في الكافي الإحراق من يغض ذلك منه إكراهًا وفي تعذيب الولد قولان، وضبط أبو البركات ذلك بأن يكون مثله يتضرر بذلك تضررًا بيّنًا، ولا بد أن يستدام مع الفعل التوعد بذلك.

وعلى الرواية الثانية شرط التواعد أن يكون بما تقدم من قادر يغلب على ظنه فعله إن خالفه وعجزه عن دفعه وهربه واختفائه.

وهل يستثنى على هذه الرواية التهديد بالقتل إكراهًا لأنه لا يمكن تداركه بعد وقعه؟ استثناه القاضي في الروايتين وقال: يجب أن يقال يكون إكراهًا رواية واحدة، وتبعه المجد وزاد قطع الطرف والتهديد بالقتل، ولا شك أن المعنى فيهما واحد. وظاهر كلام أبي محمد في كتبه عدم استثنائه. وقد أورد على القاضي في التعليق فشمله، وأجاب بالفرق بما تقدم، ثم قال: على أن هذه الرواية لا فرق بين القتل وغيره على ظاهر كلام أحمد في رواية صالح والمروذي. والله أعلم.

﴿باب صريح الطلاق وغيره﴾

أي باب حكم صريح الطلاق وغيره من الاستثناء في الطلاق والتعليق بشرط وغير ذلك مما يذكر إن شاء الله تعالى.

والصريح الخالص من كل شيء، فصريح الطلاق: اللفظ الموضوع الذي لا يفهم منه عند الإطلاق غيره أو يفهم لكن على بعد.

(قال): وإذا قال لها: قد طلّقتك، أو قد فارقتك، أو قد سرّحتك، لزمه الطلاق.

(ش): ظاهر كلام الخرقي – رحمه الله – أن هذه الألفاظ صريحة في الطلاق، ولا نزاع في أن المذهب أن لفظ الطلاق وما تصرف منه مما يفهم منه الطلاق صريح في الطلاق لأنه موضوع له على الخصوص، وقد ثبت له عرف في الشرع والاستعمال، ففي الكتاب العزيز: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[1] فإن طلّقها وفي السنة والاستعمال أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض، وقولوا: طلق رسول الله ﷺ حفصة. وهذا واضح لا خفاء به، وقد دخل في الطلاق وما تصرف منه: طلقتك، وأنت طالق وأنت مطلَّقة وأنت الطلاق. وخرج منه أطلقك، وطلقي، لأنه لا يفهم منها الطلاق، إذا الأول وعد، والثاني طلب. وليس بخبر ولا إنشاء.

وحكى أبو بكر عن أحمد رواية في أنت مطلَّقة، أنه ليس بصريح لاحتمال أن يريد طلاقًا ماضيًا، ويلزمه ذلك في طلَّقتك. ولأبي محمد في الكافي احتمال في أنت الطلاق، أنه لا يكون صريحًا، ومن الصريح إذا قيل له: أطلّقت امرأتك؟ قال: نعم. إذا السؤال معاد في الجواب. ويحتمل ألا يكون صريحًا من القول في

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

أقبلت هـذا النكـاح، وأطلّقـك، لـيس بـصريح عـلى المـذهب لانتفـاء عـرف الاستعمال فيه، وللقاضي فيه، احتمال، وأما لفظ السراح والفراق ففيهما وجهان.

أحدهما: وهو الذي ذكره الخرقـي وتبعـه عليـه القـاضي في التعليقـة وفي غيرها أنهما صريحان حكمهما حكم لفظ الطـلاق لورودهمـا في الكتـاب العزيـز بمعنى الفرقة، فأشبها لفـظ الطـلاق. قـال سـبحانه: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1]. وقـال ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2]. وقال: ﴿إِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ﴾[3]. وقـال سـبحانه: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾[4].

والثاني: وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب في الهداية، والـشيخين ليـسا بصريح لا ستعمالهما في غير الطلاق كثيرًا، فأشبها سائر كناياتـه، قـال سـبحانه: ﴿وَاعْتَصِمُواْ بِحَبْلِ اللهِ جَمِيعاً وَلاَ تَفَرَّقُواْ﴾[5]. وقال تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾[6]. وأما قوله تعالى: ﴿إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[7]. فليس المارد به الطلاق قطعًا، إذا الآيـة في الرجعيـة، وهـي إذا قاربـت انقـضاء عدتها، فإما أن يمسكها برجعة، وإمـا أن يـترك حتـى تنقـضي عـدتها فيـسرح، فالمراد بالتسريح في الآية الكريمة قريب من معناهـا اللغـوي، وهـو الإرسـال،

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.
(٢) الآية ٢٣١ من سورة البقرة.
(٣) الآية ١٣٠ من سورة النساء.
(٤) الآية ٢٨ من سورة الأحزاب.
(٥) الآية ١٠٣ من سورة آل عمران.
(٦) الآية ٤ من سورة البينة.
(٧) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

وهو أن تخلى، وكذلك المفارقة في الآية الثانية المراد بها ترك مراجعتها، كأنه إذن يظهر حكم الفرقة لأنها قبل انقضاء العدة في حكم الزوجة.

وأما قول: (وأن يتفرقا) فليس فيه بيان لما تحصل به الفرقة، وأما (أسرحكن) يحتمل أرسلكن بالطلاق، ثم المدار على عرف الاستعمال الشرعي، وهو مفقود، وعلى هذا الوجه هما كنايتان ظاهرتان حكمهما حكم الخلية والبرية، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

تنبيه: حكم الصريح أنه لا يحتاج إلى نية كما سيأتي إن شاء الله، وأنه إن صرف بأن قال من وثاق أو نحو ذلك. فإن كان باللفظ سمع منه، وإن كان بالنية فإنه يدين، وفي الحكم إن قامت قرينة تكذبه كالغضب وبسؤالها الطلاق لم يسمع، وإلا فروايتان، أنصّهما القبول. والله أعلم.

(قال): ولو قال لها في الغضب: أنت حرة، أو لطمها فقال: هذا طلاقك، لزمها الطلاق.

(ش): أما إذا قال لها: أنت حرة. فقد اتفق الأصحاب فيما علمت في عدّها من كنايات الطلاق، لأن الحرة هي التي لا رقّ عليها. ولا شك أن النكاح رقّ. ولهذا في الحديث: «اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم»[1] أي أسراء، والزوج ليس له على الزوجة إلا رقّ الزوجية، فإذا أخبر بزوال الرقّ، فهو الرقّ المعهود، وهو رقّ الزوجية، ثم من الأصحاب من يعدّها في الكنايات الظاهرة وهم الأكثرون، ومنهم من يعدّها في المختلف فيه.

وظاهر كلام الخرقي أنه جعلها من الخفية لأنه قال لزمها الطلاق، وظاهر طلقة واحدة ولم يجعلها كالخلية ونحوها. وقيد الخرقي وقوع الطلاق بحال

---

(١) هذا جزء من حديث رسول الله ﷺ في خطبة حجة الوداع، وأخرجه الترمذي في صحيحه: ٤/ ٣٢٦ وابن ماجه سننه: ١/ ٥٩٤، حديث رقم ١٨٥١.

الغضب، وهو مدل بشيئين.

أحدهما: أن الكنايات إذا اقترن بها دلالة حال من غضب أو ذكر الطلاق، ونحو ذلك، قام ذلك مقام النية وطلّقت على المشهور والمختار لكثير من الأصحاب من الروايتين، إذ دلالة الحال كالنية بدليل أنها بغير حكم الأقوال والأفعال، فإن من قال لرجل: يا عفيف ابن العفيف في حال تعظيمه كان مدحًا ولو قاله في حال الشتم والسب كان ذمًا وقذفًا.

والرواية الثانية: لا بد في الكنايات من النية لأن نفس اللفظ محتمل للطلاق وغيره ومميّزه النية، ولا بد من اعتبارها دفعًا للإبهام، ومالى أبو محمد – رحمه الله – أنه في الألفاظ التي يكثر استعمالها، نحو أخرجى، واذهبي، ونحو ذلك، لا يقع بها الطلاق إلا أن ينويه، فعلى المذهب لو ادعى أنه لم يرد بها طلاق دين، وهل يقبل في الحكم على روايتين.

وأعلم أن أبا البركات حكى الروايتين في القبول في الحكم وعدمه، وإذا ادعى عدم إرادة الطلاق وغيره، يجعل الروايتين في الغضب هل يقوم مقام النية أم لا، فربما ظن ظانّ أن بينهما تنافا وليس كذلك، فإن غايته أن الأصحاب ذكروا رواية لم يذكرها المجد، وذكر يعنى المجد رواية تؤخذ من كلامهم في غير هذا المحل، وهو ما إذا ادعى أنه أراد بلفظه ما يخالف ظاهره، ونحو ذلك[1].

الشيء الثاني: أنه إذا أتي بالكناية في غير حال الغضب لا يقع بها الطلاق وهو كذلك، لأن اللفظ بمجرّده لا دلالة له على الطلاق، بل هو كالمشترك

---

(١) وبسط القول في ألفاظ الكناية في الطلاق أنها نوعان:

ظاهر ة. وهي سبعة: أنت خلية، وبرية، وبائن، وبتة، وبتلة، وأنت حرة، وأنت الحرج.

وخفيه: نحو: أخرجي، واذهبي، وذوقي، وتجرعي، وخليتك، وأنت مخلاة، وأنت واحدة، ولست بامرأة لي، واعتدى واستبرئي، واعتزلي إلى غير ذلك. (الإنصاف: ٨/ ٤٧٦).

فلابد من شيء يبيّن منه المراد. ويستثنى من ذلك النية، إذ هي تبين المراد، وكأن الخرقي إنما تركه اكتفاء بذكر الغضب لأنه إذا اكتفي بالغضب لدلالته على النية. فالنية أحرى وأولى، وأما إذا لطمها وقال: هذا طلاقك، فقوة كلام الخرقي تقتضي وقوع الطلاق بمجرد ذلك من غيرنية، وهو وقول ابن حامد، لأن معناه أوقعت عليك طلاقًا هذا من أجله.

واختار أبو محمد أنه كناية في الطلاق يعتبر له ما يعتبر لها من النية، أو دلالة حال، لأن هذا اللفظ غير موضوع للطلاق ولا مستعمل فيه شرعًا ولا عرفًا، فأشبه سائر الكنايات، وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب في الخلاف، ويحتمل كلام الخرقي هذا ظاهر كلام أبي الخطاب في الخلاف، ويحتمل كلام الخرقي هذا أيضًا، ويكون اللطم قائمًا مقام النية لأنه يدل على الغضب، وعلى قياس ما تقدم لو أطعمها أو سقاها ونحو ذلك، فعلى الأول يقع الطلاق بمجرد، وعلى الثاني لا بد من النية، وعلى القول بالوقوع من غير نية فلو فسره بمحتمل، غيره قبل: وعلى هذا، فهذا قسم برأسه ليس بصريح، وإلا خرج الخلاف إذا صرفه ولا كناية لأن الكناية تتوقف على النية، فهو ظاهر في الطلاق يصرف عند الإطلاق إليه، ويجوز صرفه إلى غيره. والله أعلم.

(قال): وقال أبو عبد الله: وإذا قال لها: أنت خليّة أو أنت بريّة، أو أنت بائن، أو حبلك على غاربك، أو الحقي بأهلك فهو عندي ثلاث، ولكنني أكره أن أفتي به، سواء دخل بها أو لم يدخل.

(ش): وقوع الثلاث بهذه في الجملة هو المشهور عن أحمد والمختار لأكثر الأصحاب، لأنه المشهور عن الصحابة، فعن أحمد أنه قال في الخلية والبرية البتة، قول عليّ، وابن عمر، قول صحيح ثلاثًا. وقال أيضًا في البتة عمر يجعله واحدة وعليّ وزيد ثلاثًا. وروى النجاد بإسناده أن عمر - ﷺ- جعل البتة

واحدة، ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات. وروى أيضًا عن نافع أن رجلاً جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال: إن ظئري هذا طلّق امرأته قبل أن يدخل بها، فهل تجدان له رخصة، فقال: لا، ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم، ثم ارجع إلينا فأخبرنا. فسألهم. فقال أبو هريرة: لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره. وقال ابن عباس: هي ثلاث. وذكر عن عائشة متابعتهما. ولأن معنى أنت خلية، أنت متروكة خاليّة من النكاح، وكذلك بريّة، معناها البراءة من النكاح. وكذلك بائن. أي منفصلة من النكاح، وكذلك حبلك على غاربك، أي مرسلة غير مشدودة ولا ممسكة بعقد النكاح والغارب، مقدّم السنام. والحقي بأهلك كذلك، إذ الرجيعة لا تترك بيت زوجها، وإذا كان مقتضى هذه الألفاظ الثلاث ترتيب الحكم على مقتضاها، ولو نوى دونها لأن نيته تخالف مقتضاها فتلغو نيته.

وعن أحمد رواية أخرى أنه يقع بها ما نواه، واختاره أبو الخطاب في الهداية لما روى أن «ركانة بن عبد يزيد طلّق امرأته [سُهيْمة][1] البتة، فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال: والله ما أردت إلا وحدة فقال رسول الله ﷺ: «والله ما أردت إلا واحدة؟» فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة فردّها إليه رسول الله ﷺ، فطلّقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان»[2] وفي لفظ «قال: هو على ما أردت» رواه أبو داود، وصححّه ابن ماجه والترمذي وقال: سألت محمدًا - يعني البخاري عن هذا الحديث فقال: فيه اضطراب. ولأن النبي ﷺ قال لابنة الجنون الحقي بأهلك، وهو ﷺ لم يطلق ثلاثًا لأنه مكروه وعلى هذه الرواية إن لم ينو شيئًا وقعت بها واحدة.

(١) في نسخ المخطوطة: «سهيدة» والصواب ما أثبتناه حيث موافق لنص الحديث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق: ١/ ٥١١.

وعنه ما يدل على أنه يقع بها واحدة بائنة إعمالاً لمقتضى اللفظ، والأصل إذ مقتضاه البينونة والأصل عدم ما زاد دل على الواحدة، وهذا الخلاف جار في جميع الكنايات الظاهرة.

ثم أعلم أن عامة الأصحاب يحكون الخلاف على نحو ما قدمت، وخالفهم أبو البركات، فجعل محل الخلاف مع الإطلاق، هل تطلق ثلاثًا أو واحدة على روايتين، أما إذا نوى شيئًا فيدين فيما نوه من غير خلاف. وفي قبوله في الحكم روايتان، وظاهر كلام العامة وقوع الثلاث من غير تديين، وكلام أحمد محتمل، فإنه قال في غير رواية في هذه الصور ونحوها: أخشى أن يكون ثلاثًا، انتهى.

ولا نزاع عندهم أن الخفيّة يقع بها ما نواه.

وقد اختلف الأصحاب في ما عدا الظاهرة والخفيّة والمتخلف فيها، وليس هذا موضع استقصاء ذلك، إلا أنه لا نزاع عندهم فيما أعلمه أن الخلية والبريّة والبائن من الكنايات الظاهرة، وكذلك البتة والبتلة، ولا نزاع أن نحو أخرجي واذهبي، وروحي من الكنايات الخفيّة.

واختلف في: الحقي بأهلك، وحبلك على غربك، ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك، ونحو ذلك، هل هو ظاهر أو خفيّ.

وقول الخرقي: «سواء دخل بها أو لم يدخل» احترز عن قول مالك - رحمه الله -: فإنه قبل الدخول يجعلها واحدة، وبعده ثلاثًا. وإنما كره أحمد الفتيا بالثلاث في الكنايات الظاهر لأنه لا نص فيها بحيث ترفع الشبهة. وأيضًا فإن فيه الحكم بتخريج فرع مع الاحتمال، والله أعلم.

(قال): وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه، نواه أو لم ينوه.

(ش): لأن اللفظ صريح فيه فلم يحتج به إلى نية كالبيع ونحوه، وسواء قصد المزح أو الجد، قال أبو هريرة: «إن رسول الله ﷺ قال: ثلاث جدّهن جدّ

وهزلهنّ جدّ: النكاح، والطلاق، والرجعة»[1]. رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال: حسن غريب، مع أن هذا اللفظ قد حكي اتفاقًا، ولكن على حال لا بد من قصد اللفظ ليخرج النائم والساهي، ونحوهما.

ومفهوم كلام الخرقي أن الكنايات لا بد فيها من النية، ولا نزاع في ذلك في الخفيّة، أما الظاهرة فقد نص أحمد على اشتراط النية وعليه جمهور الأصحاب: القاضي وأصحابه والشيخان، وغيرهم. ولم يشترط أبو بكر للظاهرة نية. وقد وقع لأحمد إطلاقات ظاهرها ذلك، ولكنها محمولة على نصوصه الصريحة، وزعم القاضي أن ظاهر كلام الخرقي أيضًا عدم الإشتراط أخذاً من إطلاقة الأول والله أعلم.

(قال) ولو قيل له: ألك امرأة؟ فقال: لا وأراد الكذب لم يلزمه شيء.

(ش): لأن قصارى هذا أن يكون كناية ولم يوجد شرطها وهو النية فلا يلزمه شيء. ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا لم يرد الكذب تطلق، وذلك مع شرطه وهو النية. هذا هو المشهور من الرواية والمختار للأصحاب لأنه لفظ يحتمل الطلاق لأنها إذا زال نكاحها فليست له بامرأة ونقل عنه أبو طالب: إذا قيل له: ألك امرأة؟ فقال: لا. ليس بشيء. فأخذ أبو البركات من إطلاق هذا رواية أنه لا يلزمه طلاق، وإن نوى لأنه خبر كذب وليس بإيقاع. وحمل القاضي الرواية على أنه لم ينو الطلاق، وعلى المشهور لو أقسم بالله على ذلك، فقد توقف أحمد في رواية مهنا، فخرج وجهان مبناهما على أن الإنشاءات هل تؤكد فيقع الطلاق أو لا يؤكد إلا الخبر، فتعيّن خبريّة هذا، فلا يقع الطلاق والله أعلم.

(قال): ولو قال: قد طلقتها، وأراد به الكذب، لزمه الطلاق.

(ش): أي قيل له: ألك امرأة؟ فقال: قد طلّقتها، وأراد الكذب طلّقت،

---

(1) أخرجه أبو داود في الطلاق (٩)؛ وابن ماجه في الطلاق (٣)؛ والإمام أحمد في النكاح (٥٦).

لأنه أتي بصريح الطلاق فلزمه، كما لو قال ابتداء: طلّقت زوجتي، ونحو ذلك. هذا هو المشهور. وقال ابن أبي موسى: إنما تطلّق في الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين، كما لو قال: كنت طلّقتها[1]، والله أعلم.

(قال): وإذا وهب زوجته لأهلها، فإن قبلوها فواحدة تملك الرجعة إذا كانت مدخولاً بها، وإن لم يقبلوها فلا شيء.

(ش): هبة الزوجة لأهلها كناية في الطلاق في الجملة، لأن هبتها تدل على رغبته عنها، وذلك محتمل للطلاق فوقع به شرطه كبقية الكنايات، ثم الهبة إنما تلزم وتتم بالقبول، وكذلك إن قبلوها ترتّب الحكم، وإن ردّوها فلا شيء.

إذا تقرر هذا فالمشهور في المذهب أنهم إن قبلوها فواحدة جعلاً له كبقية الكنايات لخفية، إذا الرغبة عنها تحصل بالواحدة، وما زاد مشكوك فيه فلا يثبت بالشك، وإن ردّوها فلا شيء، لأن الهبة لم تتم.

وعن أحمد رواية أخرى: إن قبلوها فثلاث، وإن ردوها فواحدة لأنه قول زيد بن ثابت أو يقال إذا قبولها فهي كالحقي بأهلك وهو كناية ظاهرة في رواية فكذلك هنا وإن ردّوها فواحدة، بناء على أن الهبة تلزم في المعيّن بدون القبض، وأنها كناية خفيّة، وحيث أوقعنا طلقة فإن كانت مدخولاً بها فهي رجيعة، وإن لم تكن مدخولاً بها فهي بائن.

وقال أبو محمد: وهذا كله مع الإطلاق أو نية الواحدة، أما لو نوى اثنتين أو ثلاثًا فهو على ما نوى كبقية الكنايات الخفيّة. انتهى.

---

(١) إنما لم يلزمه إذا أراد الكذب، لأن قوله: ما لي امرأة، كناية تفتقر إلى نية الطلاق، وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق، فلم يقع. وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني أو ترضيني أو أني كمن لا امرأة له، أو لم ينو شيئا لم تطلق، لعدم النية المشترطة في الكناية، وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت، لأنها كناية صحبتها النية. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٨٤).

وشرط وقوع الطلاق أن ينوي الزوج الطلاق، قاله القاضي وأبو الخطاب وغيرهم كبقية الكنايات[1]. قال القاضي: وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضًا، وتبعه على ذلك ابن حمدان، كما لو قال لزوجته: اختاري. وفيه شيء، لأن اختاري حقيقته توكيلها في الطلاق بخلاف هذا، فإن حقيقة الهبة تحصل بالقبول، ولهذا كثير من الأصحاب لا يشترطون ذلك.

تنبيه: وحكم وهبتك لنفسك حكم وهبتك لأهلك على ما تقدم، قاله أبو الخطاب والشيخان وغيرهم، وزاد أبو محمد، وتبعه ابن حمدان: إذا وهبها لأجنبي. وقد ينازع في ذلك فإن الأجنبي لا حكم له عليها بخلاف نفسها وأهلها. والله أعلم.

(قال): وإذا قال لها: أمرك بيدك فهو بيدها، وإن تطاول ما لم يفسخ أو يطأها.

(ش): للزوج أن يطلّق امرأته بنفسه، وله أن يوكل في ذلك كما يوكل في عتق عبده ونحوه، وله أن يؤكل المرأة كالأجنبي، فإذا قال لها: أمرك بيدك. فتارة يقصد بذلك تنجيزًا لطلاقها فتطلّق في الحال، أو ماذا تطلّق يبنى على ما تقدّم في الكنايات الظاهرة. وتارة يقصد بذلك تفويض الطلاق إليها، فهذا نوع توكيل لها في الطلاق، فتملك ذلك على التراخي، اعتمادًا على أن هذا قول علي -ﷺ-، وكما لو جعله في يد أجنبي، هذا منصوص أحمد وعليه الأصحاب. وخرّج أبو الخطاب فيه قولاً، أنه على المجلس كالاختيار، كما سيأتي. وقال أبو البركات: إن أحمد نص على المسئلتين مفرقًا بينهما، وإذًا لا يحسن التخريج، والذي رأيته في التعليق التفريق بين: أمرك بيدك، تملك به ثلاثًا، اختياري لا تملك به إلا واحدة. نعم نص مفرقًا على أن أمرك بيدك للتراخي، واختاري يخص المجلس، وعلى المذهب هو في يدها ما لم

(١) أو أن تكون ثم دلالة حال، لأنها كناية، والكنايات لا بدّ فيها من النية. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٨٧).

يفسخ الزوج ذلك أو يطأها، لقيام ما يدل على بطلان التوكيل نصًا أو ظاهرًا ، وإذا لم تعلم المرأة بالفسخ فينبغي أن يبقي التوكيل في يدها في رواية، بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل علمه بالعزل.

(قال): فإن قالت: اخترت نفسي، فهي واحدة يملك بها الرجعة.

(ش): يعني إذا قال لها: أمرك بيدك . فقالت: اخترت نفسي فهي واحدة رجعية، لأن اختيارها لنفسها يحصل بواحدة، والأصل عدم ما زاد على ذلك، وهذا إذا لم تنوي أكثر من واحدة، فإن نوت أكثر من واحدة وقع ما نوت، لأنها تملك الثلاث بالتصريح على ما سيأتي، فتملكها بالكناية كالزوج. والله أعلم.

(قال): وإن طلّقت نفسها ثلاثًا، وقال: لم أجعل إليها إلا واحدة، لم يلتفت إلى قوله والقضاء ما قضت.

(ش): كذلك نص عليه أحمد، وقال: لا تنفعه نيّته. وكذلك رواه البخاري في تاريخه عن عثمان، ويرى أيضًا عن ابن عمر، وابن عباس، وعن حماد ابن زيد أنه قال: «قلب لأيوب: هل علمت أحدًا قال في أمرك بيدك أنها ثلاث إلا الحسن؟ قال: لا. ثم قال: اللهم ما غفرًا إلا ما حدثني قتادة عن كثير مولى ابن مسرة عن أبي سلمة عن أبي هريرة - ﷺ- عن النبي ﷺ قال ثلاث قال أيوب فلقيت كثيرًا مولى ابن سمرة، فسألته فلم بعرفه، فرجعت إلى قتادة فأخبرته فقال: نسي»[1] رواه أبو داود والترمذي والنسائي وقال: هذا حديث منكر.

وعن البخاري أنه قال: إنما هو عن أبي هريرة موقوف. ولأنه اسم جنس مضاف فيشمل الطلاق الثلاث، وهذا غير قانع لأنه إنما يحسن مع الإطلاق، أما مع النية، فالنية صالحة للتخصيص، فإذن العمدة ما تقدم.

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (١٣)؛ والترمذي في الطلاق (٣).

وقول أحمد: لا تنفعه نيّته يؤيد ما يقول الجماعة من أن الكناية الظاهرة يقع بها الثلاث وإن نوى واحدة. وقد صرح أبو محمد هنا بأنه لا يدين، انتهى.

وعن أحمد رواية أخرى أنه يرجع إلى نيته كالرواية في الكنايات الظاهرة، وقد سبقت، ولا ريب أن المذهب عند الأصحاب الأول، والله أعلم.

(قال): وكذلك الحكم إذا جعله في يد غيرها.

(ش): يعني يكون في يده ما لم يفسخ أو يطأ، وله أن يطلق واحدة، وله أن يطلق ثلاثًا، ولو نوى الزوج أقل من ذلك على المذهب لما تقدم. والله أعلم.

(قال): ولو خيّرها فاختارت فراقه من وقتها وإلا فلا خيار لها.

(ش): المذهب المنصوص والمعمول به أن خيار المخيّرة على الفور إتباعًا لقضاء الصحابة – رضي الله عنهم-، فعن سعيد بن المسيب أنه قال: «قضى عمر وعثمان في الرجل يخيِّر امرأته أن لها الخيار ما لم يفترقا» رواه النجاد. وعن ابن عمر قال: «ما دامت في مجلسها» وعن ابن مسعود وجابر نحوه. ولم يعرف لهم مخالفًا في الصحابة، ولأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول. وخرّج أبو الخطاب فيه قولاً على التراخي من: أمرك بيد:. وقد تقدم أن أبا البركات حكى عن أحمد أنه نص على التفرقة، فيبطل التخريج. فعلى الأول: هل يختص بالمجلس، ويكون كمجلس القبول في البيع يبطل بالإعراض عنه؟ وهو اختيار القاضي والأكثرين، أو يكون على الفور جوابًا لكلامها وهو ظاهر كلام الخرقي، على روايتين، وهذا كله مع الإطلاق، أما لو خيّرها مدة، أو قال: اختاري متي شئت ونحو ذلك. فإنها تملك ذلك حسب ما جعله فلها. وقد قال النبي ﷺ لعائشة– رضي الله عنها – لما خيّرها: «إني ذاكر لك أمرًا فلا عليك ألا

تعجلي حتى تستأمري أبويك»[1]. والله أعلم.

(قال): وليس لها أن تختار أكثر من واحدة، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك.

(ش): إذا أخيرها وأطلق، فليس لها أن تختار أكثر من واحدة.

قال: أحمد: هذا قول ابن عمر ، وابن مسعود، وزيد من ثابت، وعمر، وعائشة – رضي الله عنهم–، ولأن اختاري، تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم، وما زاد عليه فهو مشكوك فيه، فلا يثبت مع الشك، وهذا بخلاف: أمرك بيدك، فإنه للعموم كما تقدم. وإن قيد ذلك بواحدة أو أكثر اتبع، ويكون في الواحدة تنصيص على مقتضى الإطلاق، وفي الثلاث والاثنتين من باب إطلاق المطلق وإرادة العام مجاز. الله أعلم.

(قال): وإذا طلّقها بلسانه واستثنى شيئًا بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الإستثناء.

(ش): إذا طلّق زوجته بلسانه: كأن قال مثلاً: أنت طالق ثلاثًا واستثنى شيئًا بقلبه، كأن نوى إلا واحدة وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء، لأن العدد نص، والنية لا تقاومه. فلا يرتفع بالضعيف ما ثبت بالنص القاطع، واستعمال الثلاث بمعنى اثنتين استعمال للفظ في غير ما يصلح له. وظاهر كلام الخرقي أنه لا ينفعه الاستثناء لا ظاهرًا ولا باطنًا.وهو اختيار الشيخين، إذا اللفظ غير صالح لما أراد ومفهوم كلام أبي الخطاب أنه ينفعه باطنًا، لأنه قال: لم يقبل في الحكم.

وقول الخرقي: وإذا طلّقها بلسانه، قد يحترز عما إذا طلّق نسوة، واستثنى واحدة منهنّ بقلبه، ولهذا صورتان:

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في ٦/ ٢٤٨.

إحداهما: أن يقول: نسائي الأربع طوالق ثـم يـستثني بقلبـه إلا واحـدة، فهذه كمسئلة الكتاب. الثانيـة: أن يقـول: نـسائي طوالـق ويـستثني بقلبـه إلا واحدة، فهذا ينفعه الاستثناء، لأن نسائي عامّ قابل للتخصيص. والنية صـالحة لذلك.

وقوله: واستثنى شيئًا بقلبه، يحترز عما إذا استثنى بلسانه فإن ينفعـه ذلـك لورود ذلك في الكتاب والسنّة ولكلام العرب.

وعن أبي بكر لا يصح الاستثناء في عـدد الطـلاق بحـال، ولـيس بـشيء وعلى الأول يصبح استثناء الأقل بلا نزاع ولا يصح استثناء الكل بلا نزاع، وفي النصف في الأكثر ثلاثة أقـوال، ثالثهـا: يـصح في النـصف دون الأكثـر، وهـو مقتضى قول الخرقي في الأقارير، والله أعلم.

(قال): وإذا قال لها: أنت طالق في شهر كذا، لم تطلق حتى تغيب شـمس اليوم الذي يلي الشهر المشترط.

(ش): ملخّصه أنه إذا جعل زمنًا ظرفًا لوقوع الطلاق، فإن الطـلاق يقـع في أول ذلك الظرف لصلاحيته له، كما لو قال: إذا دخلت الـدار فأنـت طـالق، فإنها تطلّق إذا دخلت أول جزء منها، فإذا قـال لزوجتـه: أنـت طـالق في شـهر شعبان مثلاً، فإنها تطلق إذا غربت شمس آخر يوم رجب دخـل أول جـزء مـن شعبان وهو أول الظرف فتطلّق[1]. والله أعلم.

(قال): وإذا قال لها: إذا طلّقتك فأنت طالق، فإذ طلّقها لزمها اثنتان.

(ش): إذا قال لزوجته المدخول بهـا: إذا طلّقتـك فأنـت طـالق. فقـد علـق

(١) فإنه قال في آخر شهر كذا، أو أوسطه، أو كذا منه، أو في النهار دون الليل قبل منه فـيما بينـه وبـين الله تعالى. ولكن هل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين. (المغنى والشرح الكبير: ٨/ ٣١٧).

طلاقها على طلاقها. فإذا طلّقها طلقتان، طلقة بالمباشرة، وطلقة بوجود الشرط.

وقوله: فإذا طلقها، يشمل ما إذا بأشرها بالطلاق، كما لو قال لها بعد التعليق: أنت طلق، وما إذا علق طلاقها بعد التعليق على شرط، فوجد الشرط كما إذا قال لها: إذا طلّقتك فأنت طالق. ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار فإنها تطلّق طلقتين، طلقة بدخول الدار، وطلقة بالتعليق الأول. وهذا بخلاف ما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لها: إذا طلّقتك فأنت طالق، ثم دخلت الدار فإنها لا تطلّق إلا طلقة واحدة بالتعليق الأول.

وقاعدة ذلك أن التعليق مع وجود الشرط بمنزلة التنجيز، ففي الصورة الأولى التعليق ووجود الشرط وجودًا بعد التعليق السابق، فكان بمنزلة التنجيز، وفي الثانية لم يوجد بعد التعليق إلا الشرط، وهو أحد، جزئي التنجيز، ليس بتنجيز، والله أعلم.

(قال): لو كانت غير مدخول بها لزمته واحدة.

(ش): علم من هذا أن الصورة السابقة فيما إذا كانت مدخولاً وهذه فيما إذا كانت غير مدخول بها فلا تطلّق إلا واحدة بالطلاق الثاني، إذ به تبين، والبائن لا يلحقها طلاق فلا يمكن إعمال الشرط الأول. والله أعلم.

(قال): وإذا قال لها: إن لم أطلّقك فأنت طالق، ولم ينو وقتًا ولم يطلّقها حتى مات أو ماتت، وقع الطلاق بها في آخر وقت الإمكان.

(ش): إن المكسورة المخفّفة، موضوعة للشرط، لا تدل على زمان إلا من حيث إن الفعل المعلق بها من ضرورته الزمان[1]، فهي مطلقة في الزمان كله لا

---

(١) وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين، ولا يقتضي تعليلاً، فما علق عليه كان على التراخي سواء في ذلك الإثبات والنفي. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٣٤٧).

يدل على فور، ولا نزاع ولا فرق بين الإثبات والنفي. فإذا قال: إن لم أطلّقك فأنت طالق، ولم ينو وقتًا ولم يطلّقها، فإنه لا يحنث بالتأخير، إذا الفعل ليس على الفور، فكل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه، والوقت لم يفت، فإذا مات أحدهما عملنا حنثه حينئذ لانتفاء إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما، أم بعد موته فواضح، إذا الطلاق من جهته وقد تعذر، وأما بعد موتها فلانتفاء قابليتها لوقوع الطلاق عليها، فإذن يتبين أن الطلاق وقع حيث لم يبق زمن يسع لأنت طالق، هذا هو المذهب بلا ريب.

وعن أحمد رواية أخرى أنه متى عزم على الترك بالكلية حنث حال عزمه، وهذا كله أن لم ينو وقتًا أما إن نوى وقتًا، كأن قال: إن لم أطلّقك فأنت طالق، ونوى اليوم، فإن اليمين تتعلق بذلك الوقت، بحيث إذا فات طلّقت، إذ النية لها مدخل في تقييد المطلق كما لها مدخل في تخصيص العام. وكذا لو قامت قرينة بفورية، كما لو قال لزوجته مثلاً: أدخلي الدار اليوم. فقالت: لا أدخل. فقال:إن لم تدخلي فأنت طالق، فإن يمينه تتقيد باليوم لأن حال تقتضي التقييد بذلك. والله أعلم.

(قال): وإن قال: كلما لم أطلقك فأنت طالق، لزمها ثلاث إن كانت مدخولاً بها.

(ش): كلما تقتضي التكرار، قال الله تعالى: ﴿كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَعَنَتْ أُخْتَهَا﴾[1]، ﴿كُلَّ مَا جَاءَ أُمَّةً رَسُولُهَا كَذَّبُوهُ﴾[2] فيقتضي تكرار الطلاق بتكرّر الصفة، وهو عدم الطلاق، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه، ولم يطلقها، فقد وجد الشرط فيقع بها طلقة، وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت

(١) الآية ٣٨ من سورة الأعراف.

(٢) الآية ٤٤ من سورة المؤمنون.

مدخولاً بها. ولما كان زمن وقوع الطلاق متصلاً بتكلّمة غير منفصل عنه، قال: لزمها ثلاث. وإن كانت غير مدخول بها طلّقت واحدة لا غير، لأنها تبين بها فلا يلحقها ما بعدها. والله أعلم.

(قال): وإذا قال لها: أنت طالق إذا قدم فلان، فقدم به ميتًا أو مكرهًا لم تطلّق.

(ش): هذا هو المذهب المشهور، والمختار للأصحاب من الروايتين، لأنه لم يقدم وإنما قدم به، إذا الميت لم يوجد منه فعل أصلاً، والمكره وإن وجد منه فعل لكنه منسوب إلى من أكرهه.

والرواية الثانية وهي اختيار أبي بكر في التنبيه يحنث، لأن الفعل يصح نسبته إليه. ولذلك يقال: دخل الطعام البلد. وقال سبحانه: ﴿سِيقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَى جَهَنَّمَ﴾(1).

وأجيب بأنه وإن نسب الفعل إليه، ولكنه في الميت ونحوه على سبيل المجاز والأصل الحقيقة. وفي المكره، فالشارع ألغى ذلك حيث قال: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان». فالفعل من المكره مرفوع عنه، فلا ينسب إليه، وهذا كله مع عدم النية، أما مع النية فيحمل الكلام عليها بلا إشكال.

ومفهوم كلام الخرقي أنه متى قدم مختارًا حنث الحالف، وهو كذلك سواء علم باليمين أو جهلها. قال الخلال قولاً واحدًا.

وقال ابن حامد: إن كان القادم لا يمتنع باليمين كالسلطان والرجل الأجنبي فكذلك، لأنه إذن تعليق للطلاق على صفة، وإن كان ممن يمتنع من القدوم باليمين كقرابة لهما أو لأحدهما، أو غلام لأحدهما، فجهل اليمين أو

(1) الآية ٧١ من سورة الزمر.

نسيها خرج على ما إذا حلف على فعل نسيه وفعل ناسيًا أو جاهلاً، لأنه إذن بمنزلة اليمين، واليمين يعذر فيها بالجهل والنسيان.

قال أبو محمد: وينبغي على هذا القول أن تعتبر نية الحالف، فإن قصد باليمين منع القادم القدوم كان يمينًا، وإن قصد جعله صفة في الطلاق لم يكن يمينًا، فلا يفرّق بين علم القادم وجهله، وتعتبر قرائن أحواله أيضًا، فإذا كان التعليق على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين، أو على فعل صغير أو مجنون أو ممن لا يمتنع بها لا يكون يمينًا، وإن كان التعليق على من يعلم بيمينه ويمتنع من أجلها، فهو يمين، ومتى أشكلت الحال، قال: فينبغي أن يقع نظرًا للفظ. والله أعلم.

(قال): وإذا قال لمدخول بها: أنت طالق، أنت طالق. لزمتها تطليقتان، إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى، فيلزمها تطليقة.

(ش): أما لزوم التطليقتين لا إذا لم يرد بالثانية إفهامًا فنظرًا لمقتضى اللفظ، إذ متقضاه وقوع الطلاق، وقصد الإفهام صارف له ولم يوجد، فهو كالعام والمطلق يعمل بهما ما لم يوجد مخصّص أو مقيّد، وأما لزوم واحدة لها فقط إذا نوى بالثانية إفهام الزوجة أن الطلاق قد وقع عليها فلا ريب فيه، لأنه لم يقصد بالثانية إنشاء الطلاق إنما أراد الأخبار والبيان عما تقدم. ومثل ذلك لو قصد التأكيد، نعم يشترط ألا يفصل بينهما بما لم تجر العادة به، إذ التوكيد تابع، فشرطه الاتصال كسائر التوابع. والله أعلم.

(قال): وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها لأنه ابتداء كلام.

(ش): يعني أن الحكم السابق فيما إذا كانت مدخولاً بها، أما إن كانت مدخولاً بها، فقال لها: أنت طالق، أنت طالق. فإنها تبين بالأولى لانتفاء العدة

عليها فيصادفها قوله الثاني: أنت طالق بائنًا، والبائن لا يقع بها طلاق ولا فرق أن ينوي بقوله الثاني الطلاق، أو يطلق لما تقدم.

وقول الخرقي أنه ابتداء كلام، يعني أنت طالق الثاني كلام مستقل لا تعلّق له بالأول، واحترز بالأول عن قوله لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا.

ومن: أنت طالق وطالق، كما سيأتي. والله أعلم.

(قال): وإذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق، لزمتها الثلاث، لأنه نسق وهو مثل قوله: أنت طالق ثلاثًا.

(ش): الواو لمطلق الجمع أي التشريك بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم من غير إشعار بترتيب ولا معيّة على المشهور المعرف من قول العلماء والأدباء وأهل الأصول، حتى إن الفارسي حكى اتفاق أهل العربية عليه، ونص عليه سيبويه في بضعة عشر موضعًا من كتابه، وعن ثعلب وابن درستويه وقليل من الأدباء: أنها للترتيب، وهو قول في مذهب الشافعي، وأحمد واختاره جماعة من الشافعية وقيل إنه اختيار أبي بكر من أصحابنا وحكاه ابن حمدان رواية عن الإمام أحمد، وعزى أيضًا إلى نص الشافعي وتوجيه الخلاف، واستقصاؤه له محل آخر. فعلى الأول إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق، وطالق، وطالق. طلقت ثلاثًا، لما تقدم من أن الواو للجمع، والكلام كله في حكم جملة واحدة، فهو كقوله: أنت طالق ثلاثًا جملة واحدة بلا ريب بخلاف: أنت طالق وطالق وطالق، لأنها ثلاث جمل وكل جملة منهن غير مقيدة بشيء، بخلاف أنت طالق ثلاثًا فإنها مقيدة بالثلاث، والكلام إنما يتم بآخره، لأنّا نقول: الصحيح عند الجمهور سيبويه وغيره، أن هذا من باب عطف المفردات، لا من باب عطف الجمل، فالعامل في الثاني هو العامل في الأول بواسطة حرف العطف، ودعوى أن كل جملة غير مقيدة بشيء ممنوع مع العطف، فالكلام إنما يتم معه أيضًا بآخره،

كما في أنت طالق ثلاثًا. انتهى. وعلى الثاني لا تطلّق غير المدخول بها إلا طلقة، كما لو قال: أنت طالق، ثم طالق، إذ الطلاق الثاني إذا كان مرتبًا بعد الأول اقتضى سبق الأول له، وإذن تبين فلا يلحقها طلاق بعد ذلك.

وقول الخرقي: وهو مثل قوله: أنت طالق ثلاثًا إشعار بأن هذه الصورة لا خلاف فيها، وهو كذلك، إذ ثلاثًا تميز وتبيين للطلاق الذي لفظ به. والله أعلم.

تنبيه: إذا ادعى التأكيد، فإن ادعى تأكيد الثانية بالثالثة سمع منه لا تفاق اللفظ وهذا من العطف المغير الذي قاله أبو البركات. وإن ادعى تأكيد الأولى بالثانية لم يسمع منه، نعم يدين فيما بينه وبين الله تعالى. والله سبحانه أعلم.

(قال): وإذا طلق ثلاثًا وهو ينوي واحدة، فهو ثلاث.

(ش): لأن استعمل اللفظ في غير ما يصلح له لغة وعرفًا، فلغى استعماله وأعمل بمقتضى اللفظ، لا يقال إنه يجوز في ذلك، لأن الثلاث نص قاطع في العدد فلا يقبل التجوز وإرادة الوحدة، إذ صحة ذلك موقوفة على أن مثل ذلك تجوّزت العرب فيه ولم تغفل الوحدة[1]. وقد دل كلام الخرقي – رحمه الله – على أنه إذا طلّق ثلاثًا يقع عليه الثلاث. وهذا مذهبنا ومذهب العامة، لأنه قد جاء في بعض روايات ابن عمر لّما طلّق امرأته وهي حائض، وامره النبي ﷺ بالمراجعة أنه قال: «يا رسول الله، أرأيت لو طلّقتها ثلاثًا كان يحل لي أن أراجعها؟ قال: لا، كانت تبين منك، وتكون معصية». رواه الدارقطني[2].

---

(١) لأن اللفظ صريح في الثلاث، والنية لا تعارض الصريح، لأنها أضعف من اللفظ، ولذلك لا نعمل بمجردها. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٤٠٨).

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٤/ ٣١.

وعن يونس بن يزيد قال: سألت ابن شهاب عن رجل جعل أمر امرأته بيد أبيه قبل أن يدخل بها، فقال أبوه: هي طالق ثلاثًا، كيف السنّة في ذلك؟ فقال: أخبرني محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، مولى ابن عامر لؤى: أن محمد بن أياس بن البكير الليثي وكان أبوه شهد بدرًا، وأخبره أن أبا هريرة قال: «بانت منه، فلا تحلّ له حتى تنكح زوجًا غيره. وأنه سأل ابن عباس عن ذلك، فقال مثل قول أبي هريرة، وسأل عبد الله بن عمرو بن العاص فقال مثل قولهما». رواه البرقاني في كتابه المخرج على الصحيح.

وعن مجاهد قال: «كنت عند ابن عباس، فجاءه رجل فقال له: إنه طلّق امرأته ثلاثًا. قال: فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه. ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس، وإن الله تعالى قال: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللهَّ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً﴾. وإنك لم تتّق الله فلم أجد لك مخرجًا عصيت ربّك فبانت منك امرأتك، وإن الله قال: ﴿أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ رواه أبو داود[1].

وهذا كالإجماع من الصحابة على صحة وقوع طلاق الثلاث بكلمة واحدة.

وقد عورض هذا بما روى طاوس، عن ابن عباس قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة. فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم»[2] رواه أحمد ومسلم.

---

(١) حديث أبي داود هذا سبق تخريجه في بداية كتاب الطلاق عند مسئلة: «لو طلقا ثلاثًا في طهر لم يصبها فيه».
(٢) أخرجه مسلم في الطلاق (١٥)؛ والإمام أحمد في ١/ ٣١٤.

وقد قال بظاهر هذا طائفة قليلة من العلماء. وهو اختيار أبي العباس. وحمله بعض التابعين على ما قبل الدخول، وقد جاء ذلك مصرحًا به في رواية أبي داود.

وتأوّله بعضهم على صورة تكرير اللفظ، بأن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فيلزمه واحدة مع التوكيد، وثلاث مع عدمه، ففي زمن النبي ﷺ، وأبي بكر، لصدقهم صدقوا في إرادة التوكيد. ولما رأى عمر أحوال الناس قد تغيّرت ألزمهم الثلاث.

وأحمد – رحمه الله – أشار إلى ضعف رواية طاوس هذه، فقالت: كل أصحاب ابن عباس رووا عنه خلاف ما قاله طاوس، وكذلك أشار البيهقي قال: هذا الحديث مما اختلف فيه البخاري ومسلم، وتركه البخاري قال: وأظنه إنما تركه لمخالفته سائر الروايات عن ابن عباس.

قال ابن المنذر: وغير جائز أن يظن بابن عباس أنه علم شيئًا عن رسول الله ﷺ، ثم يفتي بخلافه.

وقال الشافعي: يشبه والله أعلم. أن يكون ابن عباس قد علم إن كان شيئًا فنسخ.

وبالجملة، تنقيح هذه المسألة، والكلام على هذه التأويلات يحتاج إلى بسط أزيد من هذا، ولا يليق مختصرنا. والله أعلم.

(قال): وإذا طلّق واحدة وهو ينوي ثلاثًا فهي واحدة.

(ش): إذا طلّق واحدة وهو فله حالتان.

إحداهما: أن يقول: أنت طالق، فهذا إن طلق وقعت واحدة بلا ريب. إن نوى ثلاثًا فيه روايتان، إحداهما، وهي اختيار القاضي. وقال: أن عليها الأصحاب واختيار أصحابه أيضًا: الشريف وأبي الخطاب في خلافيهما.

وابن عقيل في التذكرة، والشيرازي: لا تطلق إلا واحدة، لأن لفظه لا يتضمّن عددًا. وإنما هو إخبار في الحقيقة عن صفة هي عليها، فهو كقوله: قائمة وقاعدة، فإذا نوى به الثلاث فقد نوى ما لا يتضمنه اللفظ ولا يقتضيه فيلغى.

والرواية الثانية: تطلق ثلاثًا، ولعلها أظهر، لأن قول: أنت طالق تقديره الطلاق أو طلاقًا. ولو صرح بذلك ونوى الثلاث، طلّقت ثلاثًا، فذلك إذا لم يصرح به، إذا المقدّر كالملفوظ به، ثم لو لم يقدّر بشيء، فالصفة التي وصفها به، وهي: أنت طالق، يتضمن المصدر وزيادة ولا ريب أن المصدر يصح تفسيره بالقليل والكثير، فكذلك أنت طالق، لهذا لو صرح بالتفسير فقال: أنت طالق ثلاثًا، طلّقت ثلاثًا بلا ريب، فعلى هذه الرواية إذا صرح بالواحدة فقال: أنت طالق واحدة وهذه هي الحالة الثانية، ونوى ثلاثًا، ففيه وجهان.

أحدهما: وهو الذي قطع به أبو محمد في الكافي والمغني.

ومتقضى كلام الخرقي لا تطلّق إلا واحدة، لأن الواحدة صريح في الوحدة، فإذا نوى بها ثلاثًا، فقد نوى ما لا يحتمله اللفظ، ثم إن نيّته خالفت صريح لفظه، ولا شك أن النية أضعف من اللفظ، فالقويّ يقدم على الضعيف، ثم لو قدّر تعارض اللفظ والنية لبقي أنت طالق مجردًا، وأنه لا يقع به إلا واحدة.

والوجه الثاني: تطلّق ثلاثًا، وتكون نيته دالة على محذوف تقديره: أنت طالق واحدة معها اثنتان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

﴿باب الطلاق بالحساب﴾

(قال): وإذا قال لها: نصفك طالق أو يدك، أو عضو من أعضائك طالق، أو قال لها: أنت طالق نصف تطليقة، أو ربع تطليقة، وقعت بها واحدة.

(ش): أما كونها تطلّق طلقة إذا طلّق منها جزءًا مشاعًا كنصفها وثلثها ونحو ذلك، أو معيّنًا كيدها وعينها ونحو ذلك لأنها جملة لا تتبعّض في الحل والحرمة، وجد فيها ما يقتضي التحريم فغلب، كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل الصيد، ولأنه أشار بالطلاق إلى ما هو من أصل الخلقة لا يزال عنها في حال السلامة، فكانت الإشارة إليه كالإشارة إلى الجملة دليله لو أشار إلى الوجه أو الرأس[1]، وخرج السنّ لأنه ليس من أصل الخلقة، وإنما يحدث بعد كمالها، والشعر والظفر لزوالهما في حال السلامة، يحق ذلك أن الأصل في كلام المكلف الإعمال لا الإلغاء وإطلاق البعض على الكل مجاز مستعمل سائغ. قال سبحانه وتعالى: ﴿فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ﴾[2] وقال: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ﴾[3]. أي بما كسبتهم وتبت جملته. وقال النبي ﷺ: «لا سبق إلا في نصل أو خفّ أو حافر»[4] عبّر ﷺ بالخفّ عن الإبل، وبالحرفر عن الخيل وهو كثير. وإذن فهذا كذلك تصحيحًا لكلام المكلف.

---

(١) أما أن أضافه إلى جزء معين غير الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج فإنه يشبه الجزء الشائع، وكذا الأعضاء الخمسة، وجد فيها ما يقتضي التحريم والإباحة فغلب فيها حكم التحريم. كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٤١٦).

(٢) الآية ٣٠ من سورة الشوري.

(٣) الآية ١ من سورة المسد.

(٤) أخرجه أبو داود في الجهاد (٦٠)؛ والترمذي في الجهاد (٢٢)؛ والنسائي في الخيل (١٤)؛ وابن ماجه في الجهاد (٤٤)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٥٦، ٣٥٨، ٤٢٥، ٤٧٤.

تنبيه: إذا أضاف الطلاق إلى عضو من أعضائها، فهل يقع عليها جملة تسمية للكل باسم البعض، وهو ظاهر كلام أحمد، قاله القاضي، أو على العضو نظرًا لحقيقة اللفظ، ثم يسري تغليبًا للتحريم؟ فيه وجهان وينبني عليهما إذا قال: إن دخلت الدار فيدك طالق، فدخلت وقد قطعت يدها، أو قال: يدك طالق، ولا يد لها، فعلى الأول تطلّق، وعلى الثاني، لا، انتهى.

وأما كونها تطلّق طلقة إذا قال لها: أنت طالق نصف طلقة، أو ربع طلقة أو ثمن طلقة، ونحو ذلك، وهو قول جمهور أهل العلم، فلما تقدم من إطلاق البعض على الكل تصحيحًا لكلام المكلف. والله أعلم.

(قال): ولو قال: شعرك، أو ظفرك طالق، لم يلزمها الطلاق، لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما وليس هما كالأعضاء الثابتة.

(ش): نص أحمد – رحمه الله– على ذلك مع السن، وعلّل بأن ذلك بيان يعني مع السلامة، فأشبه الريق والحمل والدمع والعرق، ولأبي الخطاب في الهداية احتمال بأنها تطلق بذلك لأنه جزء من الجملة أشبه يدها.

تنبيه: توقف أحمد في رواية مهنا، والفضل هل يكون الزوج مظاهرًا بها أم لا؟ والذي أورد أبو الخطاب وأبو البركات مذهبًا الطلاق.

وقال أبو بكر: لا تطلق. ونقله عن أحمد، وجزم أبو البركات تبعًا لأبي الخطاب في الدم بالطلاق، وابن البنا في الخصال بعدمه. والله أعلم.

(قال): وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشكّ الطلاق.

(ش): يعني لم يزول بالشك. وهذه قاعدة مستمرة تقدم ذكرها في الطهارة. والله أعلم.

(قال): وإذا طلّق فلم يدر أواحدة طلّق أم ثلاثًا، اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت في العدة، فإن راجعها في العدة لزمته نفقتها ولم يطأ حتى يتيقن كم

الطلاق، لأنه متيقن للتحريم شاكّ في التحليل.

(ش): يعني لم تطلق، وقد علله الخرقي بأن النكاح متيقن والطلاق مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك. وهذه قاعدة مستمدة تقدم ذكرها في الطهارة. والله أعلم.

قال الخرقي: يعتزلها، وهذا أصل مبنيّ على قاعدته من أن الرجعية محرمة، وسيأتي ذلك إن شاء الله. قال: وعليه نفقتها لأن الأصل بقاؤها استنادًا لبقاء النكاح.

قال: فإن راجعها في العدة لزمته نفقتها لما تقدم إذا الأصل عدم الثلاث.

قال: ولم يطأ حتى يتيقن كم الطلاق، لأنه متيقن للتحريم شاكّ في التحليل، وهذا الأصل، والتعليل كلاهما منازع فيه. فالتعليل بناء عنده على أن الرجعية محّرمة، وهو إحدى الروايتين والمشهور وعليه الأصحاب خلافه لما سيأتي إن شاء الله. وإذا انتفى هذا التعليل انتفى الأصل، ثم لو سلم هذا التعليل، وأن الرجعية محرمة لم يصح ما قاله، لأن الذي ينفيه تحريمه تزيله الرجعة فيزول بزوالها، ولهذا عامة الأصحاب لم يلتفت لهذا وقالوا بالإباحة، ولضعف هذا القول لم يلتفت له القاضي في تعليقه، وحمل كلام الخرقي على الاستحباب، والله أعلم.

(قال): وإذا قال لزوجاته: إحداكن طالق، ولم ينو واحدة بعينها، أقرع بينهن. فأخرجت بالقرعة المطلّقة منهن.

(ش): إذا قال لزوجاته: إحداكن طالق ونوى وحدة معينّة. قبل منه تعيينها وطلّقت لأنه عيّنها بنيّته، أشبه ما لو عيّنها بلفظه، وإن لم ينو ففيه روايتان أشهرهما عن أحمد. وعليها عامة الأصحاب، حتى إن القاضي في

تعليقه، وأبا محمد وجماعة لا يذكرون خلافًا أنه يقرع بينها فمن خرجت عليها القرعة فهي المطلّقة لأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة دليله العتق، ودليل الأصل أن النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة، ولأن الحقّ لواحد غير معيّن، فوجب تعيينه بالقرعة، كالحرية في العبيد إذا أعتقهم وضاق ثلاثتهم عن جميعهم، وكالبداية بإحدى نسائه في القسم أو السفر بها. قال أحمد: القرعة سنّة رسول الله ﷺ وجاء بها القرآن.

والرواية الثانية: يرجع إلى تعيينه، فمَن عيّنها فهي المطلّقة لأن يملك الإيقاع ابتداء، والتعيين وقد أوقع، لوم يعين فيملك ذلك استيفاء لما ملكه[1]. والله أعلم.

(قال): وكذلك إن طلق واحدة من نسائه وأنها أخرجت بالقرعة.

(ش): منصوص أحمد – رحمه الله – في رواية الميموني وأبي الحارث أنه لا فرق بين هذه الصورة والتي قبلها، وعلى هذا عامة الأصحاب الخرقي والقاضي وأصحابه وغيرهم.

وسئل أحمد – رحمه الله – عن ذلك في رواية إسماعيل بن سعيد فقال: أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة، فأخذ من ذلك، والله أعلم، أبو البركات رواية بالمنع، وهو اختيار أبي محمد، فلا مدخل للقرعة عندها هنا. ويحرّمان عليه جميعًا كما لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميته بمذكاة، وفرّق بين هذه والتي قبلها بأن الحق ثم لم يثبت لواحدة بعينها، فدخت القرعة لتبين التعيين، وهنا الطلاق واقع في معيّنة لا محالة، والقرعة لا ترفعه عنها، فلا توقعه على غيرها، انتهى.

---

(١) والدليل على أنهن لا يطلقن جميعًا أنه أضاف الطلاق إلى واحدة، فلم يطلق الجميع، كما لو عنّها. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٤٢٩).

والظاهر ما يقوله الجماعة، وإن كان أصل دخول القرعة في هذا ليس بالواضح، لأن هذا الفرق إنما يتم، ولأبي محمد - رحمه الله - لو قيل بأن الطلاق يقع في غير المعينة من حين القرعة وليس كذلك، بل الطلاق على ما صرح به القاضي، وذكر عن الإمام أحمد ما يدل عليه في رواية أبي طالب، يقع من حين الإيقاع. وإذا وقع الطلاق من حين الإيقاع فلا بد له من محل يتعلق به، ولا يتعلق إلا بمعيّن. فلا فرق بين الصورتين. وقد دخلت القرعة في الصورة الأولى، فتدخل في الثانية. وأبو محمد يوافق الجماعة على هذا الأصل، فإن يجعل العدة من حيث الإيقاع من حين القرعة. انتهى.

فعلى قول أبي محمد يحرّم الجميع عليه، وتجيب عليه نفقتهن لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح، وكذلك في قول الجميع قبل القرعة، ولم أرهم فرّقوا بين الطلاق الرجعي والبائن، مع أن الرجعي لا يحرّم على المذهب، فقد يقال: لأنه إذا وطئ فقد يطأ من أصابها الطلاق، فتحصل رجعتها على واحدة فيحكم بطلاقها وهي زوجة، فلهذا المحذور حرّم الوطء مطلقًا.

نعم، لو أراد وطء الجميع فلا ينبغي أن يمنع من ذلك لأن بذلك تحصل رجعة من طلّقها جزمًا فأشبه ما لو قال: من وقع عليها طلاقي فقد راجعته، وعلى قول الأصحاب إذا أقرعنا مع النسيان فخرجت القرعة على واحدة فقد حكم بطلاقها ظاهرًا. فإذا قال بعد ذلك: ذكرت المنسيّة، وأنها غير التي خرجت عليها القرعة، حكم بطلاق التي ذكرها بإقراره بلا ريب، وهل ترجع إليه التي خرجت عليها القرعة؟ لا يخلو إما أن تكون القرعة بحكم حاكم أم لا، فإن كانت بحكم حاكم لم ترجع إليه حذارًا من إبطال حكم الحاكم بقوله. وكذلك إن لم تكن القرعة بحكم حاكم وتزوجت، نص أحمد على هاتين

الصورتين لتعلّق حقّ الغير بها، وفيما عدا هاتين الصورتين قولان، وبعضهم يحكيهما روايتين.

إحداهما ترجع إليه، وهو اختيار الشيخين وغيرها، إذ القرعة ليست بطلاق صريح ولا كناية، فوجودها كعدمها.

والثاني وهو قول أبي بكر وابن حامد لا ترجع إليه فيحكم عليه بطلاقهما، الثانية بإقراره، والأولى بالقرعة احتياطًا، للفروج، ودفعًا للتهمة، والله أعلم.

(قال): فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة بينهن، وكان الميراث للبواقي منهن.

(ش): يعني إذا مات الزوج قبل القرعة أقرع الورثة بين النسوة، فمن خرجت عليها القرعة فلا ميراث لها، والميراث للبواقي، نص أحمد - رحمه الله - على ذلك في رواية الجامعة، وهو مرويّ عن علي - ﷺ -، وذلك لأنهن قد تساوين، فلا سبيل إلى التعيين، فوجب المصير إلى القرعة، كمن أعتق عبيدًا في مرضه لا مال له سواهم[1]. وأبو محمد - رحمه الله - هنا يوافق الجماعة في القرعة، وإن لم يقل بدخولها في المنسية.

وأعلم أن هذا فيما إذا كان الطلاق بائنًا، أما إن كان رجعيًا فإن الجميع يرثنه، وهذا واضح، والله أعلم.

(قال): وإذا طلّق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة وتزوجت غير وأصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة، ثم تزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث.

---

(١) ولأن توريث الجميع لم لا يستحق يقينًا، والوقف لا إلى غاية حرمان لم يستحق يقينًا. والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٤٣٦).

(ش): هذه المسألة الملقّبة بالهدم، وهو أن نكاح الثاني هل يهدم طلاق الأول وملخص الكلام في المسألة: أن الرجل إذا طلق امرأته ثم رجعت إليه فإن كان قد طلّقها ثلاثًا ثم رجعت إليه بشرطه فإنها ترجع إليه بطلاق ثلاث بالإجماع، وإن كان قد طلّقها دون الثلاث، ثم رجعت بعد نكاح زوج آخر. والحال هذه، فهذه صورة الخرقي. وفيها روايتان أشهرهما عن أحمد، وهي اختيار الأصحاب أنها تعود على ما بقي من طلاقها ولا هدم نظرًا إلى إطلاق قوله سبحانه: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ إلى قوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾. وظاهر إطلاق الآية الكريمة أن من طلّقها زوجها طلقتين ثم طلّقها الثالثة أنها قد حرّمت عليه حتى تنكح زوجًا غيره. وهو يشمل ما إذا رجعت إليه قبل تزوج زوج آخر أو بعده، وأيضًا فهذا قول جمهور الصحابة.

قال أحمد: هذا قول عمر وعليّ وأبي معاذ وعمران بن حصين. ورواه ابن المنذر أيضًا عن زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر، ومن جهة القياس، أن الزوج الثاني لا يحتاج إليه في إباحتها للأول، فوجب أن لا يؤثر في عدد الطلاق، أشبه وطء السيّد أو الزوج الثالث أو الرابع.

والرواية الثانية: تعود إليه طلاق ثلاث، فنكاح الثاني هدم الطلاق الأول وهذا قول ابن عمر وابن عباس –رضي الله عنهما- قال أحمد: روى عن ابن عمر وابن عباس نكاح جديد وطلاق جديد، لأن نكاح الثاني أما أن يكون تأثيره في رفع التحريم والعدد، أو في رفع التحريم فقط لا جائز أن يؤثر في رفع التحريم فقط، لأنه يلزم أن يرفع الثالثة، إذا التحريم تعلّق بها، فلزم أن يكون تأثيره في رفعهما جميعًا، فإذا طلّقها واحدة أو اثنتين فالعدد موجود فيرفعه.

وأجيب بأنه يهدم التحريم المتعلق بالثلاث، ولا تحريم فيها دون الثلاث. وعن قول ابن عمر وابن عباس بأن أقوال الصحابة على قاعدتنا إذا اختلفت كانت كدليلين متعارضين، وإذن يصار إلى الترجيح ولا شك أن قول الأولين ارجع، والقاضي حمل قول ابن عمر وابن عباس على ما إذا كان بعد طلاق الثلاث. وجعل المسألة اتفاقيه من الصحابة. والله أعلم.

(قال): وإن كان المطلق عبدًا فطلّق اثنتين لم تحلّ له زوجته حتى تنكح زوجًا غيره، سواء كانت الزوجة حرّة أو مملوكة، لأن الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء.

(ش): لما ذكر أن الزوج إذا طلّق امرأته أقل من ثلاث أنها تعود إليه على ما بقي من طلاقها، فإطلاق هذا شامل للحر والعبد، فأراد أن يخرج العبد ويقول إن نهاية ما يملكه طلقتين وإن كان تحته حرّة، وأن ملك الثلاث مختص بالحرّ وإن كان تحته أمة، فالطلاق معتبر بالرجال[1]، هذا نص الروايتين، وأشهرهما عن الإمام، وعليه الأصحاب لظاهر قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾[2] الآية إلى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ فجعل للزوج أن يطلّق ثلاثًا، والمراد به الحرّ بدليل ﴿لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً﴾[3] الآية والأخذ إنما يصحّ من الحرّ، لا يقال الآية إنما وردت في الحرّة بدليل: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[4] قيل الأمة يصحّ الافتداء منها بإذن سيّدها وفي هذا الاستدلال نظر.

أمّا أوّلاً، فلأن الله سبحانه قال: ﴿فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾

(١) فإن كان الزوج حرًا فطلاقه ثلاث، حرة كانت الزوجة أو أمة. إن كان عبدًا فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٤٤٣).

(٢) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٣) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٤) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

والافتداء المطلق إنما هو للحرّة الرشيدة دون الأمة، وإذا كان للحرّة فلا نزاع أن الحرّ الذي تحته حرّة يملك ثلاثًا.

وأما ثانيًا، فول سلّم أن الأمة داخلة في هذا. فلا نسلّم أن المراد من قوله: ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾: الحرّ، لأن العبد يصحّ خلعه بل وقبضه لعوضه على المنصوص. ولو قيل إنه لا يصحّ قبضه، فأخذ السيّد كان بسببه، فنسب إليه، ثم لو سلّم هذا فمثل هذا لا ينقبض تخصيص. أول الآية الكريمة غايته أنه افرد بعض من دخل في الآية يحكم.

واستدلّوا أيضًا على ما تقدم بما روى الدارقطني بإسناده وعن عائشة – رضي الله عنها-. أن النبي ﷺ قال: «طلاق العبد اثنتان، وقروء الأمة حيضتان».

وقد عورض هذا بأن هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه، عن عائشة- رضي الله عنها-. عن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة اثنتان، وعدتها حيضتان»[1]. وعن ابن عمر – رضي الله عنهما – عن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة اثنتان، وعدتها حيضتان» رواه ابن ماجه والدارقطني، وهذا دليلى الرواية الثانية، وأن الطلاق معتبر بالنساء فيملك زوج الحرّة ثلاثًا، وزوج الأمة اثنتين، والأحاديث في الباب ضعيفة، والذي يظهر من الآية الكريمة ان كل زوج يملك الثلاث مطلقًا. والله سبحانه أعلم.

(قال): وذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين. طلّقت ثلاثًا.

(ش): هذا منصوص أحمد في رواية منها، وعليه الجمهور، نظرًا إلى أن نصف الطلقتين طلقة، وقد أوقعة ثلاثًا فيقع ثلاث، كما لو قال: أنت طالق ثلاث طلقات.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٦)؛ والترمذي في الطلاق (٧)؛ وابن ماجه في الطلاق (٣٠)؛ والدارمي في الطلاق (١٧\٩).

وقال أبو عبد الله بن حامد: تطلق طلقتين، نظرًا إلى أن الإضافة بمعنى (من) أي من طلقتين وذلك طلقة ونصف، ثم تكمل، فتصير طلقتين. والله أعلم.

﴿باب الرجعة﴾

(ش): الرجعة بفتح الراء وكسرها مصدر رجع يرجع رجعة، ورجعة، والأصل فيها قول الله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[1] إلى قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾[2] فالمراد به الرجعة عند العلماء وأهل التفسير، قال سبحانه: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[3] قيل أمسكوهن برجعة، وقد ثبت أن النبي ﷺ أمر ابن عمر أن يراجع امرأته لمّا طلقها وهي حائض، ولمّا طلق حفصه نزل عليه جبريل عليه السلام بالأمر بمراجعتها، مع أن هذا إجماع. والحمد لله.

(قال): والزوجة إذا لم يدخل بها تبينا تطليقة، وتحرمها الثلاث من الحر، والاثنتان من العبد.

(ش): أما كون الزوجة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة فإجماع من أهل العلم لقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[4]. وإذا لم تكن عليها عدة فهي

(١) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.
(٢) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.
(٣) الآية ٢ من سورة الطلاق.
(٤) الآية ٤٩ من سورة الأحزاب.

بائن بمجرد الطلاق، وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها، وأما كون الثلاث، أي بكلمة واحدة من الحر نحرمها. فلما تقدم، وإنما خص غير المدخول بها بالتحريم بالثلاث لشهرة الخلاف فيها، بخلاف ما بعد الدخول فإن الثلاث تحرمها في صورة، بالإجماع بلا ريب، وهو ما إذا فرّقها، للآية الكريمة. وكذا إذا جمعها، على قول العامة كما تقدم.

وبالجملة، متى حكم بوقع الثلاث على الزوجة حرّمت بذلك بلا ريب، ويرتفع التحريم بأن تنكح زوجًا آخر بشروطه، وسيأتي إن شاء الله تعالى في كلام الخرقي ما يشير إلى ذلك.

وفرّق الخرقي - رحمه الله - بين الحرّ والعبد بناء على ما تقدم له قبل به أن الحرّ يملك ثلاثًا، والعبد اثنتين. والله أعلم.

(قال): وإذا طلّق الحرّ زوجته بعد الدخول أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما دامت في العدة.

(ش): أجمع أهل العلم على هذا بشرط أن لا يكون الطلاق بائنًا، بأن يكون بعوض، أو يقول لها، أنت طالق طلقة بائنًا، ويصححّه على رواية، أو يخالعها بغير عوض، ونقول بصحّته وأنه طلاق.

وأجمعوا أيضًا على أنه لا رجعة له إذا انقضت العدة، وسند الإجماعين قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ إلى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾[1] أي في مدة القروء، فالآية الكريمة دالّة بمنطوقها على منطوق كلام الشيخ، وبمفهومها على مفهومه.

---

(١) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.

وقد دلّ كلام الخرقي على أنه لا يعتبر رضا المرأة في الرجعة، ولا ريب في ذلك للآية الكريمة، ولقول سبحانه: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ فخاطب الأزواج بذلك فإن قيل: قوله سبحانه: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ يقتضي بظاهر أن لغيرهن حقًا؟ قيل: الأحقيّة، والحقيّة، كلاهما بالنسبة إلى الزوج، فإذا أراد إصلاحًا كما نطقت به الآية الكريمة، فهو أحق، وإن لم يرد إصلاحًا فله حقّ، فتصحّ منه الرجعة مع النهى عن ذلك.

(قال): وللعبد بعد الواحدة ما للحرّ قبل الثلاث.

(ش): قد تقدم أن العبد لا يملك إلا اثنتين، فهو ليس له الرجعة إلا بعد الواحدة، أما بعد الاثنتين فقد استوفى عدد طلاقه، وبانت منه زوجته.

(قال): ولو كانت حاملاً باثنين فوضعت واحدًا، كان له مراجعتها قبل أن تضع الثاني.

(ش): لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1] فجعل سبحانه الأجل وضع الحمل، والحمل يتناول الولدين وأكثر، وإذا كان الأجل وهو العدة باقيًا، فله الرجعة لبقاء العدة، وبطريق الأولى لو وضعت بعض الولد كان له الارتجاع قبل وضع بقيّته.

(قال): والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين أشهد أني قد راجعت امرأتي، بلا وليّ يحضره، ولا صداق يزيده، وقد روي عن أحمد رواية أخرى تدل على أن الرجعة تجوز بلا شهادة.

(ش): الرواية الأولى عزيت إلى اختيار الخرقي وأبي اسحاق بن شاقلا في تعاليقه، ونص عليها أحمد في رواية مهنا، لقول سبحانه: ﴿أَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ

(١)الآية ٤ من سورة الطلاق.

أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1] أمر، وظاهر الأمر الوجوب، ولأنه استباحة بضع مقصود، فوجبت الشهادة فيه كالنكاح.

والثانية نص عليها في رواية ابن منصور، واختارها أبو بكر، والقاضي وأصحابه، الشريف. وأبو الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي، وغيرهم، لإطلاق: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾[2] وإذن يحمل الأمر في الآية الكريمة على الاستحباب جمعًا بينهما، وأيضًا فالله سبحانه قال: ﴿وَأَشْهِدُوا۟﴾ وليس فيه ما يقتضي المقارنة للرجعة، فلو أشهد بعد الرجعة. وفي مقتضى الآية والإشهاد بعد الرجعة مستحبّ بالإجماع، فكذلك عند الرجعة حذارًا من الجمع بين الحقيقة والمجاز في اللفظ الواحد، ولأنها لا يشترط لها الوليّ فلم يشترط لها الشهادة كالبيع وما قيل في قياس الأولى إنها استباحة بضع فغير مسلم، إذا الرجعية مباحة على الصحيح كما سيأتي.

إذا تقرر هذا، فجعل أبو البركات هاتين الروايتين على قولنا بأن الرجعة لا تحصل إلا بالقول، وهو واضح، أما إذا قلنا إنها تحصل بالوطء، فكلامه يقتضي أنه لا يشترط الإشهاد رواية واحدة، وعامة الأصحاب يطلقون الخلاف وهو ظاهر كلام القاضي في التعليق. قال لما أورد عليه: إن الوطء لا يكون رجعة، لأن الله سبحانه أمر بالشهادة، والشهادة لا تتأتي على الوطء. فأجاب ليس في الآية ما يقتضي المقارنة فيطأ ثم يشهد.

فأورد عليه أن هذا إشهاد على الإقرار بالرجعة، وليس بإشهاد على الرجعة. فأجاب: الله سبحانه أمر بالإشهاد وأطلق. ومقتضى كلام الخرقي أن

---

(١) الآية ٢ من سورة الطلاق.

(٢) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.

الرجعة محصورة في القول، لقوله: والمراجعة أن يقول. فلا تحصل بالوطء ولا بغيره. وهذا إحدى الروايات عن أحمد، لظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾. والظاهر من الإشهاد إنما هو على القول. وقد تقدم جواب القاضي عن هذا، وأيضًا فالرجعة تراد لإصلاح الثلم الداخل في النكاح، ونفس النكاح لا يقع بالفعل كذلك إزالة ما دخله من الثلم.

والرواية الثانية أن الرجعة تحصل بالوطء، وإن لم ينوي، اختارها ابن حامد والقاضي وأصحابه، لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾والرد حقيقة في الفعل، بدليل رددت الوديعة، وأيضًا: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾وحقيقة الإمساك في الفعل أيضًا، ولأنها مدة معلومة خير بين القول الذي يبطلها وبين تركها حتى تمضي المدة، فقام الوطء فيها مقام القول، كالبيع بشرط الخيار. والمعنى فيهما أن كلاً منهما وطؤه دليل على رغبته في الموطوءة، واختيار رجوعها إليه.

والرواية الثالثة، وهي اختيار أبي العباس، إن نوى الرجعة بالوطء حصلت للعلم برغبته فيها، وإلا لم تحصل. وعلى القول بحصول الرجعية بالوطء لا تحصل بالقبلة، ولا بالمسّ، نص عليه أحمد في رواية أبي القاسم، وعليه الأصحاب، وإن كانا لشهوة، وخرّج القاضي وغيره رواية بحصول الرجعة بذلك بناء على ثبوت تحريم المصاهرة بهما، وخرّجها أبو البركات من نصّه في رواية ابن منصور، على أن الخلوة تحصل بها الرجعة. قال: فاللمس ونظر الفرج أولى.

وقد حكى أبو الخطاب عن الأصحاب أنهم قالوا: إن الرجعة تحصل بالخلوة. واختار هو أنها لا تحصل.وتبعه على ذلك أبو محمد في المغني وغيره، إلا أن مقتضى كلامه في المقنع أن أحمد نص على أن الخلوة لا تحصل بها الرجعة وليس كذلك، فإن نص أحمد في رواية ابن القاسم إنما هو في اللمس والقبلة، إذ

الرجعة لا تحصل بهما، ونصه في الخلوة: أن الرجعة تحصل بها، وقد يقال إن في كلام الأصحاب تهافتًا حيث قالوا إن الرجعة لا تحصل بالقبلة ونحوها.

وقالوا: إنها تحصل بالخلوة، ويجاب بأن الخلوة عندهم بمنزلة الوطء، بدليل تقرر الصداق ووجوب العدة بها، ونحو ذلك، فكذلك في حصول الرجعة.

وأعلم أن الأصحاب مختلفون في حصول الرجعة بالوطء هل هو مبني على القول بحل الرجعية أم مطلقًا؟ على طريقتين للأصحاب:

إحداهما: وهي طريق الأكثيرين، منهم القاضي في روايته وفي جامعه وجماعة عدم البناء.

والثانية: وهي مقتضى كلام أبي البركات، ويحتملها كلام القاضي في التعليق البناء. فإن قلنا: الرجعية مباحة حصلت الرجعة بالوطء. وإن قلنا: محرّمة، لم تحصل. وهذه طريقة أبي الخطاب في الهداية. قال: لعل الاختلاف مبنيّ على حل الوطء وعدمه. وقد تضمن هذا أن في حل الرجعية خلافًا، وهو كذلك كما تقدمت الإشارة إليه. والمذهب المشهور المنصوص حلّها، وعليه عامة الأصحاب لإطلاق: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ والرجعية من نسائه، بدليل لو قال: نسائه طوالق، فإنها تطلّق. وأيضًا قوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ فسماه الله تعالى بعلاً، والبعل تباح زوجته، فكذلك هنا. والرد إلى ما كانت عليه لزوال الثلم الحاصل بالطلاق، ولأنها في حكم الزوجة في الإرث واللعان وغير ذلك، فكذلك في الحل.

وأومأ أحمد في رواية أبي داود إلى التحريم فقال: أكره أن يرى شعرها. فأخذ من ذلك القاضي ومن تبعه رواية بالتحريم. وهي ظاهر كلام الخرقي

حيث قال فيها تقدم، لأنه متيقّن للتحريم. شاكّ في التحليل، لأنه طلاق فأثبت التحريم كالذي بعوض أو معتدّة فحرّم وطؤها كالمعتدة التي قال لها: أنت بائن. انتهى.

وقد تقدم أنه مما يبنى على ذلك حصول الرجعة وعدمها، ومما يبنى عليه المهر إذا وطئها، إن قلنا مباحة فلا مهر، وكذا إن قلنا محرّمة وطاوعته، أما إن كرهها وقلنا محرّمة، فثلاثة أوجه:

الوجوب مطلقًا: وهو ظاهر ما جزم به أبو الخطاب في الهداية وعدمه: وبه قطع القاضي في التعليق، وفي الجامع الصغير، والشريف في خلافه. وإليه ميل أبي محمد.

والثالث: التفرقة: إن راجعها لم يجب، وإلا وجب، وبه قطع أبو محمد في المقنع، أما الحد فلا يجب بوطئها بلا ريب. وإن قلنا بالتحريم، وينبغي أن يلحق النسب به بلا نزاع لاندراء الحد، قال أحمد: كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد. ووقع في كلام أبي البركات في الطلاق ما قبل إنه يقتضي قولين بناء على الحل وعدمه، وليس بالبيّن. انتهى.

وصرح الخرقي - رحمه الله - بأنه لا يشترط في الرجعة وليّ ولا صداق، وهو إجماع والحمد لله، وظاهر القرآن يشهد له وهل يبطل الرجعة التواصي بالكتمان؟ نص في رواية أبي طالب على البطلان، وخرج عدمه من نصه على عدم البطلان بذلك في النكاح.

(قال): وإذا قال: أرتجعتك. فقالت: انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها بيمنها إذا ادعت من ذلك ممكنًا.

(ش): قول المرأة مقبول في عدتها في الجملة، لقول سبحانه: ﴿ وَلَا يَحِلُّ

لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾[1] قيل: المراد، الحمل والحيض. وقولها مقبول في ذلك لما حرّم عليها كتمانه[2]، ثم إذا اختلف هي والزوج هل راجعها في العدة أم لا، فلا يخلو إما أن يكون في وقت حكم بأنه من عدتها أو في وقت حكم بانقضاء عدتها فيه،، أو في وقت محتمل لهما، فالأول قول الزوج بلا ريب لأنه يملك الإنشاء فملك الإقرار. فإذا قال في العدة: راجعتها أمس، أو منذ كذا، قبل قوله.

وفي الثاني القول قولها بلا ريب أيضًا، كذلك فإذا قال بعد انقضاء عدتها: كنت راجعتها. وأنكرته، فالقول قولها، لأنه لا يملك الإنشاء فلا يملك الإقرار.

وفي الثالث: لا يخلوا إما أن تسبقه بالدعوى، أو يسبقها بالدعوى، أو تداعيا معًا. فإن سبقته بالدعوى كأن قالت في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها: قد انقضت عدتي. فيقول هو: كنت راجعتك. فالقول قولها بلا خلاف نعلمه، لأن خبرها والحال هذه بانقضاء عدتها مقبول، فبقولها انقضت عدتي، حكم بانقضاء عدتها، فدعواه بعد ذلك غير مقبولة لانتفاء إنشائه، وإذن ينتفي إخباره أيضًا ، وإن سبقها بأن قال والحال ما تقدم: راجعتك. فتقول هي: انقضت عدتي قبل رجعتك، ففيه قولان.

أحدهما: وهو الذي قال الخرقي، وتبعه عليه الشيرازي: القول قولها لظاهر قول الله سبحانه: ﴿وَلا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ وإطلاقها يقتضى أن قولها مقبول مطلقًا.

---

(١) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٢) ولأنه امر تختص بمعرفته، فكان القول قولها فيه، كالنية من الإنسان فيما تعتبر النية فيه، أو أمر لا يعرف إلا من جهتها، فقبل قولها فيه. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٤٨٦).

والثاني: وبه قطع أبو الخطاب في الهداية، واختاره القاضي وغيره، القول قول الزوج، لما تقدم فيما إذا سبقته هي، وعلى هذا القول إذا تداعيها معًا، فهل القول قولها؟ لترجّح جانبها، أو قول من يقع له القرعة لتساويهما؟ وجهان.

وقول الخرقي: ما إذا ادّعت من ذلك ممكنًا. يلتفت إلى قاعدة، وهو ما الممكن في انقضاء العدة، فإن كانت العدة بالإقراء فأقل ما يمكن انقضاء العدة تسعة وعشرون يومًا، ولحظة إن قيل: القرء الحيض. وأقل الطهر ثلاثة عشر يومًأ. وإنه قيل خمسة عشر، فثلاثه وعشرون يومًا ولحظتان وإن قيل الطهر خمسة عشر فاثنان وثلاثون يومًا ولحظتان. إلا أن المنصوص عن أحمد أن المرأة إذا ادعت إنقضاء عدتها بالإقراء من شهر لا يقبل قولها إلا بينة وظاهر قول الخرقي القبول مطلقًا، لأنه أناط ذلك بالإمكان.

وإن كانت العدة بوضع الحمل، وادعت وضع ولد تامّ فالممكن ستة أشهر فأزيد منذ إمكان الوطء بعد العقد، وإن ادّعت سقطًا فالمكن ثمانون يومًا.

وإن كانت بالأشهر، فهو أمر محدد ومعروف، والنزاع فيه إنما ينبني على أول وقت الطلاق، والقول قول الزوج في ذلك. فإذا قال: طلّقتك في ذي الحجة فلي رجعتك وقالت: بل طلّقني في شوال فلا رجعة لك، فالقول قوله، إذا الأصل بقاء النكاح، وعكس هذا، لو ادعي أنه طلّقها في شوال لتسقط النفقة. وقالت هي: بل في ذي الحجة. فالقول قولها: نظرًا إلى الأصل أيضًا، إذ الأصل بقاء وجوب النفقة، فكذلك إذا لم يكن لها نفقة، لأنها تقرّ على نفسها بما هو أغلظ. وحيث قيل: القول قولها فأنكرها الزوج، فهل تجب عليها اليمين؟ وهو اختيار الخرقي، وأبي محمد، لعموم: «اليمين على المدّعى عليه»[1] ولا تجب.

---

(١) أخرجه البخاري في الرهن (٦، ٢٠، ٢٣) وفي الشهادات (١) وفي تفسير وسورة ٣:٣)؛ وأخرجه مسلم في الأقضية (١، ٢؛ وأبو داود في الأقضية (٢٣)؛ والترمذي في الأحكام (١٢)؛ والنسائي =

وقال القاضي: أنه قياس المذهب، إذا الرجعة لا يصح بذلها، فأشبهت الحدود.

وعن أحمد ما يدل على روايتين. وعلى الأول إن نكلت لم يقض بالنكول، قاله القاضي، ولأبي محمد احتمال أن يستحلف الزوج وله الرجعة بناء على القول بردّ اليمين على المدّعى عليه.

(قال): ولو طلّقها واحدة فلم تقضى عدتها حتى طلّقها ثانية بنت على ما مضى من العدة.

(ش): لأنها طلاقان لم يتخللهما إصابة ولا خلوة، فلم يجب بهما أكثر من واحدة، كما لو والى بينهما. وكذلك الحكم لو طلّقها ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما ونحو ذلك.

(قال): ولو طلّقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا نعلم فأعتدت. ثم نكحت غيره وأصابها، ردّت إليه، [ولا يصيبها][1] حتى تنقضي عدتها في أحدى الروايتين، والرواية الأخرى هي زوجة الثاني.

(ش): الرواية الأولى هي المذهب بلا ريب، لأنها زوجته نكحها نكاحًا صحيحًا فردّت إليه، كما لو غصبها غاصب. ويروي ذلك عن علي.

والثانية تروى عن عمر بن الخطاب -ﷺ-، وكان ذلك مستند الإمام أحمد والرواية الأولى تروى عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما-.

= في القضاة (٣٦)؛ وابن ماجه في الأحكام (٧)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٥٣، ٢٨٨، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٥٦، ٣٦٣ وفي ٢/ ٧٠.

(١) في النسخ المخطوطة: «ولايطأ» وما اثبتناه من مختصر الخرقي ومن المغني والشرح الكبير.

وقول الخرقي: ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم، لأنه إذا لم يشهد، فإن قلنا: الإشهاد شرط لصحة الرجعة، فقد فات الشرط فتبطل الرجعة، وتكون زوجة الثاني بلا ريب. وإن قيل: إنه ليس بشرط فالنكاح صحيح في الباطن، لكن لا يقبل قوله في ذلك، لا على الزوج، ولا على المرأة، لأن لا يملك الإنشاء فلا يملك الإقرار، ثم ينظر في الزوج والمرأة، فإن صدقاه كان كما لو قامت به البيّنة، وإن صدقة الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه، فتبين منه، وعليه للمرأة مهرها إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله، لأن لا يصدق على المرأة في إسقاط حقها، ولا تسلم المرأة للمدّعي، لما تقدم، ويكون القول قولها، وهل هو مع يمينها؟ على وجهين.

وإن صدقته المرأة وحدها ثم يقبل قولها على الزوج الثاني في فسخ نكاحه، لكن متى زال نكاحه ردّت إلى الأول لأن المنع من الرد كان لحقّ الثاني، وقد زال. ولا يلزم المرأة مهر الأول على ما أورده الشيخان مذهبًا، لا ستقراره لها، أشبه ما لو قتلت نفسها وألزمها القاضي له بالمهر لإقرارها بحيلولتها بينة وبين بضعها. وهذا قياس المنصوص في الرضاع، وهو اختيار القاضي أيضًا ثم، واختيار الشيخين ثم أيضًا عدمه جريًا على قاعدتهم، فإن مات الأول والحال هذه وهي في نكاح الثاني فقال أبو محمد: ينبغي أن ترثه، لإقراره بزوجتيها، وتصديقها له، وإن ماتت لم يرثها لتعلّق حقّ الثاني بالإرث، وإن مات الثاني لم ترثه لإنكارها صحة نكاحه.

قلت: ولا يمكن من تزويج أختها، ولا تزويج أربع سواها، انتهى.

وقول الخرقي من حيث لا تعلم، لأنها إذا علمت لم يصحّ نكاح الثاني بلا خلاف، وقوله: فاعتدت. لأنها إذا لم تعتد، فلا ريب في بطلان نكاح الثاني.

وقول: ثم نكحت غيره وأصابها، لأنه إذا لم يدخل بها فلا خلاف أنها زوجة الأول، لأن بالدخول حصل للثاني مزية، فلذلك قدم في رواية مرجوحة.

وقول: ولم يصبها حتى تنقضي عدتها. يعني إذا ردّت إلى الأول بعد إصابة الثاني لها، لم يصبها حتى تنقضي عدتها من الثاني تعلم براءة رحمها.

(قال) –رحمه الله –: وإذا طلّقها وانقضت عدتها منه، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها. ثم طلّقها، أو مات عنها وانقضت عدتها منه، وكان ذلك ممكنًا، فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح، وإن لم تكن عنده في هذه الحال لم ينكحها حتى يصحّ عنده قولها.

(ش): ملخص الأمر أن الأحكام تناط بغلبة الظن كثيرًا، والمرأة مؤتمنه على نفسها، وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى ذلك على الحقيقة إلا من جهتها، فوجب الرجوع إلى قولها، كما لو أخبرت بانقضاء عدتها. ومقتضى قوله: إنه إذا لم يعرف منها الصدق والصلاح لا يقبل قولها. وهو كذلك لأنه لم يوجد ما يغلب على ظنه صدقها. والأصل التحريم فيبقي عليه. ومقتضى كلامه أن يرجع إلى قول المرأة إذا كانت بالصفة المتقدمة، ،إن أنكر الزوج الذي أدعت إصابته لها. ولو قال الزوج الأول: أنا أعلم أن الثاني ما أصابها. لم تحل له إذ لا غلبة ظن مع العلم بالتحريم والله أعلم.

﴿كِتابُ الإيلاء﴾

(ش): الإيلاء بالمد، الحلف. مصدر آلي يولي إيلاء، وتألى وأتلى والألية بوزن فعيلة: اليمين[1]. وكذلك الألوة بسكون اللام وتثليث الهمزة.

والإيلاء شرعًا: حلف الزوج القادر على الوطء بالله أو بصفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر. وفي بعض هه القيود خلاف. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[2] الآية. وثبت أن رسول الله ﷺ آلى من نسائه أو من بعض نسائه شهرًا[3].

(قال): والمولي هو الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر.

(ش): ذكر الخرقي أن للمولي ثلاث صفات.

إحداها: أن يحلف بالله، أو بصفة من صفاته سبحانه، ولا نزاع أن من حلف بذلك يكون موليًا لإرادته من الآية الكريمة، إما بخصوصه، وإما مع

(١) ويقال أيضًا: تألى، يتألى، جاء في الخبر: (من يتأل على الله يكذبه). وقال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه ... إذا صدرت منه الألية برت

(المغني والشرح الكبير:٨/ ٥٠٢)

(٢) الآية ٢٢٦ من سورة البقرة.

(٣) أخرجه البخاري في الصوم (١١) وفي الصلاة (١٨) وفي النكاح (٩١، ٩٢) وفي الطلاق (٢١) وفي الإيمان (٢٠) وفي المظالم (٢٥)؛ والترمذي في الطلاق (٢١)؛ والنسائي في الطلاق (٣٢)؛ وابن ماجه في الطلاق (٢٤، ٢٨)؛ والإمام أحمد في ٣/ ٢٠٠.

غيره. واختلف فيمن حلف بغير ذلك، كمن حلف بطلاق ونحوه، هل يكون موليًا أم لا؟ فعنه وهو المشهور والمنصوص والمختار لعامة الأصحاب، لا يكون موليًا، لأن الإيلاء إذا أطلق ينصرف إلى القسم بالله تعالى. وقد قرأ ابن عباس وأي يقسمون، وفسّره ترجمان القرآن عبد الله بن عباس بأنه الحلف بالله تعالى، ذكره الإمام أحمد عنه، وعن الشعبي، عن مسروق، عن عائشة – رضي الله عنها– قالت: «آل رسول الله ﷺ من نسائه وحرّم، فجعل الحرام حالاً، وجعل في اليمين الكفّارة» رواه ابن ماجه والترمذي. وذكر أنه روى عن الشعبي مرسلاً، وأنه أصحّ. فدلّ على أن حلفه كان بالله وفعله خرج بيانًا للإيلاء المشروع. ثم في الآية قرينة تدل على أن المراد اليمين به سبحانه، وهو قوله ﴿فَإِنْ فَآَؤُوا فَإِنَّ اللهَ غفور رحيم﴾. فالمغفرة لما حصل من انتهاك حرمة القسم، ولا انتهاك للطلاق ونحوه. وعنه يكون موليًا لإطلاق: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ﴾ أي يحلفون والحالف بالطلاق ونحوه حالف. بدليل إن حلفت بطلاقك فأنت طالق. ثم قال: إن وطئتك فأنت طالق. وعنه، واختاره أبو بكر في الشافي يحصل بكل يمين مكفرة، قال أبو بكر أصل الإيلاء عند أبي عبد الله اليمين بالله تعالى، وكل يمين من حرام وغيره إذا وجبت في اليمين الكفّارة. انتهى.

وهذا القول متوسط، وعليه فيخصّ الإيلاء بالله تعالى، والظهار والنذر وتحريم المباح. وفي الحديث: «النذر حلف. وكفّارته كفّارة يمين» وعلى الثانية لا بد أن يحلف بما يلزمة به حق كالطلاق والعتاق وتحريم المباح والنذر وإن كان مباحًا أو محرّمًا على مقتضى إطلاق كلام أبي الخطاب وأبي البركات وغيرهما.

وقال أبو محمد: إنه قياس المذهب بناء على انعقاد النذر بهما. ولو قال: إن وطئتك فأنت زانية، لم يكن موليًا، لأنه لا يلزمه بالوطء شيء لأن إذا وطئ لا يصير قاذفًا، لانتفاء تعلّق القذف بالشرط.

تنبيه: قال أبو الخطاب في خلافه الصغير: هذه المسألة إنما تصح على أصلنا على الرواية التي تقول إذا ترك وطئها مضارًا من غير يمين لا يكون موليًا.

قلت: كأنه بحلفه علم منه الإضرار، فحكم عليه بالإيلاء على المذهب. وإذن تنفي هذه المسالة كما قال أبو الخطاب. ومقتضي كلام القاضي في التعليق أنه لا يكون موليًا ثم حتى يمتنع من فعل ما حلف عليه على وجه يعلم به قصد الإضرار، كأن يحلف بالطلاق لا فعلن كذا، ثم يتركه ولا عذر له، أو يظاهر منها ولا يكفر ونحو ذلك، كذا مثل القاضي. انتهى.

الصفة الثانية- أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر أو مطلقًا، وهذا هو المذهب المنصوص، والمختار للأصحاب لأن قوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فاءوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾(1) فظاهر الآية الكريمة يقتضي أن الفيئة بعد مدة التربص والفيئة هي الرجوع عما حلف عليه، وذلك إنما يكون مع بقاء اليمين، ولازم ذلك أن يكون اليمين على أكثر من أربعة أشهر.

وعن أحمد رواية أخرى يصح على أربعة أشهر. ولا يصحّ فيما دون ذلك، وهو مبنى على أصل، وهو أن الفيئة تكون في المدة التربّص.

والتربّص إنما هو أربعة أشهر. واستدل على ذلك بأن ابن مسعود قرأ: ﴿فَإِنْ فَآؤوا فيهن﴾ أي في الأربعة أشهر.

ولأصحابنا ظاهر الآية الكريمة، فإن الفاء للتعقيب. فظاهر الآية الكريمة أن الفيئة والطلاق يكونان مدةّ التربّص، يرشح هذا ما قاله أحمد في رواية أبي

(1) الآية ٢٢٦ من سورة البقرة.

طالب. قال: عمر، وعثمان، وعلي، وابن عمر -رضي الله عنهم-: يوقف المولي بعد الأربعة أشهر، فإما أن يفيء وإما أن يطلّق. وعن سهيل بن أبي صالح عن أبيه أنه قال «سألت اثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ عن رجل يولي. قولوا: ليس بشيء حتى تمضي أربعة اشهر فيوقف، فإن فاء وإلا طلّق» رواه الدارقطني، وما يروى عن ابن مسعود فلا يعلم صحته.

الثالثة: أن يحلف على ترك وطء زوجته، ووطء الزوجة إنما ينصرف غالبًا لوطئها في الفرج، فيختص يمينه بذلك، بأن يقول والله لأوطئنك في قبلك، أو لأوطئنك، ويطلق، فلو حلف أن لا يطأ ها في الدبر، أو دون الفرج لم يكون موليًا، لأنه إنما يصير موليًا من امتناعه مما وجب عليه، وهذا ليس بواجب عليه، فلو حلف أن لا يطأ أمته أو أجنبية مطلقًا، وإن تزوجها، لم يكن موليًا على المذهب بلا ريب، لأن الإيلاء الذي ذكره الله تعالى إنما ذكره في النساء قال سبحانه: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ ن نِّسَآئِهِمْ﴾.

وخرّج الشريف أبو جعفر وغيره صحته من الأجنبية مطلقًا، من أحمد في الظهر يصحّ قبل النكاح، لأنه يمين، فمقتضى تعليله صحة الإيلاء لأنه يمين. وخرّج أبو البركات صحته بشرط إضافته إلى النكاح كالطلاق في رواية.

ويدخل في كلام الشيخ الرجعية لأنها زوجة فيصحّ الإيلاء منها. وهذا هو المشهور من الروايتين، والمذهب بلا ريب عند الأصحاب بناء على دخولها في نسائه.

وعنه لا يصح الإيلاء منها، وعلّله بأن الطلاق منعه من الجماع فبناه على تحريمها.

والخرقي يقول بالتحريم فيردّ عليه، ويدخل في كلامه أيضًا كل زوجة وإن كانت ذمية أو أمة أو صغيرة أو مجنونة، للآية الكريمة، ولطالب الصغيرة والمجنونة عند تكليفها، ولذلك يدخل من لم يكن وطؤها للرتق ونحوه، وقد أومأ إليه أحمد

في رواية منها، وجزم به القاضي في تعليقه وجامعه، وجماعة من أصحابه كالشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن البنا للآية الكريمة وهي قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ من نِّسَآئِهِمْ﴾ وزوج الرتقاء ونحوها وقد آلى منها فدخل تحت العموم، والعجز عن الوطء لا يمنع صحة الإيلاء كما لو آلى منها وبينهما مسافة لا يصل إليها فيها.

وفي المذهب قول آخر أنه لا يصحّ الإيلاء من الرتقاء ونحوها. وأورده أبو الخطاب وأبو محمد مذهبًا، وصححه صاحب البلغة لأن المنع هنا ليس باليمين والمولي هو الممتنع بيمينه من وطء زوجته.

وعلى الأول يفيء فيئة المعذور، وصرح به القاضي وغيره، ويدخل في كلام الخرقي كل زوج حلف على وطء زوجته وإن كان عبدًا، للآية الكريمة، وكذلك إن كان ذميًا، للآية الكريمة أيضًا. وفائدته في أنه يوقف بعد إسلامه ويؤخذ بالكفارة، كذا قال القاضي في تعليقه.

وقال أبو محمد: يلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا. وظاهر هذا أنه يوقف في كفره، وكذلك إن كان خصيًا أو مريضًا يرجى برؤه، للآية أيضًا. وكذلك إن لم يتصور منه الوطء لجب أو شلل، على عموم كلام الخرقي وصرح به من تقدم في المرأة إذا كانت رتقاء.

والخلاف هنا كالخلاف ثم سواء، نعم يستثنى من عموم كلام الشيخ إذا كان الزوج غير مكلف كالصبي والمجنون، فإن لا يصحّ إيلاؤه لانتقاء الشرط في حقهما، وهو اليمين بالله تعالى. نعم ينبغي على القول بصحة الإيلاء بالطلاق ونحوه إنه يصح الإيلاء من الصبي حيث صح طلاقه لوجود شرط الإيلاء في حقه إذن. وأطلق أبو الخطاب في الهداية في السكران والمميز وجهان، قال: بناء على طلاقهما.

(قال): وإذا مضى أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة.

(ش): مدة الإيلاء أربعة أشهر للآية الكريمة، ولا فرق بين الحرّ والعبد على المشهور من الروايتين، والمختار لعامة الأصحاب، تمسكًا بالعموم.

والرواية الثانية، واختارها أبو بكر، أنها في العبد على النصف من الحر، وذلك شهران لأنه على النصف في الطلاق، والنكاح، فكذلك في هذا، ولا تفريع على هذه، أما على المذهب فإذا آلى الرجل من زوجته ضرب له مدة أربعة أشهر لا يطالب فيهن بوطء. فإذا مضت المدة ورافعته الزوجة إلى الحاكم، أمره الحاكم بالفيئة، لظاهر قول الله تعالى ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فاءوا فَإِنَّ اللهَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[1].

وظاهره أن الفيئة بعد مدّة التربّص لأنه عقبها للمدة، وهو مقتضى ما تقدم على الصحابة رضوان الله عليهم، ومقتضى كلام الخرقي أن ابتداء الأربعة أشهر من حين اليمين، وأنه لا يحتاج في المدّة إلى ضرب من الحاكم، وهو كذلك، وأنه لابد في أمره بالفيئة من أن ترفعه بعد ذلك إلى الحاكم، ولا بد من ذلك، لأن الحق لها، فوقف على طلبها. ويؤخذ من هذا أن الصغيرة والمجنونة لا تطالب إلا بعد زوال الصغر والجنون ليصحّ طلبها، وأنها لا تطلق بمضّي المدّة، ولا نزاع في ذلك عندنا، لظاهر الآية الكريمة، وقد تقدم أيضًا عن جماعة من الصحابة- رضي الله عنهم -ما يقتضي ذلك. ثم في الآية أيضًا إنها أخرّ لذلك، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللهَّ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[2] فمقتضاه أن ثم عزم وطلاق مسموح، ومن طلّقت هذه المدّة فلا عزم ولا شيء يسمع، وعن ابن عمر -رضي الله عنهما- أنه

(١) الآية ٢٢٦ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٢٢٧ من سورة البقرة.

قال: «إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلّق، فلا يقع عليه الطلاق حتى يطلّق» يعني المولي أخرجه البخاري قال: ويذكر ذلك عن عثمان وعلي وأبي الدرداء وعائشة واثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ.

ومقتضى إطلاق الخرقي أنه لا فرق بين أن يوجد في المدّة مانع للوطء من قبلها. أو من قبله، أو لا يوجد. ولا نزاع في ذلك إذا كان المانع من قبلها قولين.

أحدهما: وهو الذي قطع به القاضي في تعليقه، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وابن البنا، أنه يحتسب عليه بمدّته، كما إذا كان المنع من جهته، وهو ظاهر إطلاق الآية الكريمة.

والثاني: وهو الذي جزم به أبو محمد في كتبه الثلاثة، وقدّمه أبو الخطاب في الهداية، لا يحتسب عليه، لأن المنع من قبلها لا من قبله، ولعل هذا يلتفت إلى أصل تقدم، وهو انه يصح الإيلاء ممن يتعذر وطؤها، والعامة على الصحة، فقياس قولهم هنا الاحتساب. وأبو محمد يقول: ثم لا يصحّ. هنا جرى على ذلك.

وعلى هذا القول إن طرأ العذر استأنفت المدة عند زواله، لأن ظاهر الآية يقتضي توالي الأربعة أشهر، وخرج أن يسقط أوقات المنع وتبنى.

ويستثنى على هذا القول الحيض فإنه يحتسب من مدته بلا ريب، لئلا يؤدى إلى إسقاط حكم الإيلاء، لأن الغالب أنه لا يخلو منه شهر. وفي الاحتساب بمدّة النفاس وجهان.

وأعلم أنه من شرط مضيّ الأربعة أشهر والطلب عقبهن أن لا يتخلل اليمين فيهن من تحنث ولا تكفير، ولا غيره، كما إذا أبانها في أثناء المدّة، ولم يعدها. إلى نكاحه حتى انقضت، لأن المقتضى للطلب الإيلاء، وقد زال.

(قال): والفيئة: الجماع.

(ش): الفيئة: هي الرجوع عن الشيء الذي قد لا بسه الإنسان. والزوج قد لابس الامتناع من الوطء فيرجع عنه ويجامع وهذا في حق القادر على الوطء. كما سيأتي.

(قال): أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شيء لا يمكن معه الجماع، فيقول: متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة.

(ش): يعنى أن القادر على الوطء فيئته الجماع بلا ريب، أما العاجز عن الوطء لمرض ونحوه ففيئته باللسان لأنه لمّا عجز عن الوطء قام اللسان مقامه لانه الذي يقدر عليه، فيد خل تحت: إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم.

ثم اختلف الأصحاب في صفة ذلك. فقال الخرقي بعدها فيقول: متى قدرت جامعتك. وعلى هذا لو كان مجبوبًا قال: لو قدرت جامعتك. وتبعه على ذلك القاضي في المجرد وحسنّة أبو محمد. وزاد القاضي في تعليقه أن يقول: مع ذلك قد ندمت على ما فعلت، وقال هو أن صفة الفيئة أن يقول فئت إليك وهو مقتضى قول عامة أصحابه. ووقع في كلام القاضي: أن المسألة على روايتين. وابتنى على ذلك إذا قدر على الوطء يلزمه. فالخرقي و أبو محمد يقولان: يلزمه وفاء بالوعد. وإليه ميل القاضي في الروايتين، وهو لازم قوله في المجرد.

قال القاضي: وقد أومأ إليه أحمد في رواية حنبل إذا فاء بلسانه وأشهد على ذلك كان فيئاً.

قال: ومعنى قوله: أشهد على ذلك، أشهد على ما به من العذر، أنه لو كان قادرًا، أو قدر على ذلك، فأنا أفعل.

واختار القاضي في التعليق، وجمهور أصحابه كالشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وقبلها أبو بكر، لأنه لا يلزمه لحصول الواجب عليه

وهو الفيئة، إذ لا وعد. قال القاضي في التعليق وفي الجامع: متابعته لأبي بكر أنه ظاهر كلام أحمد في رواية مهنا.

وسئل: إذا آلى من امرأته وهو غائب عنها، بينه وبينها مسيرة أربعة أشهر، أو تكون صغيرة أو رتقاء أو حائضًا، فيريد أن يفيء بلسانه وقلبه إذا كان لا يقدر عليها، وقد سقط عنه الإيلاء.

واعترض ذلك القاضي في الروايتين فقال، معني قوله: سقط عنه الإيلاء، يعني في الحال لا أنه سقط مطلقاً. وقد ذكر الخرقي ممّن يفيء بلسانه المحرّم، ولم يفرّق بين أن تطول مدّة إحرامه أو تقصر.

قال أبو محمد: وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور. وقال أبو البركات: يمهل المحرّم حتى يحلّ، وأطلق ثم قال بعد ذلك: إن الزوج إذا كان به عذر من مرض، أو إحرام، أو صوم فرض ونحوه، وطالت مدّته، فاء فيئة المعذور، مع أنه قدّم أن المظاهر لا يمهل بصيام الشهرين بل يؤمر بالطلاق. وكذلك قال أبو محمد: إنه لا يمهل لصوم الشهرين. وخرّج من المحرّم فيه قولاً أنه لا يمهل، وقولاً أنه يفيء فيئة المعذور. انتهى.

قلت: وهذا من أبي البركات ظاهره التناقض.

(قال): فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق.

(ش): إذا لم يفعل الفيئة الواجبة وهي الجماع مع القدرة أو الفوت مع عدمها أمر بالطلاق، لظاهر قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[1] فظاهرها أنه إذا لم يفيء يطلق، وكذا فهمت الصحابة رضوان الله عليهم، وقد تقدم.

---

(١) الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧ من سورة البقرة.

وأيضاً فإن الله سبحانه قال ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾(١) وإذا لم يفيء فلم يمسك بمعروف، فتسريح بإحسان. والله أعلم.

(قال): فإذا لم يطلّق، طلّق الحاكم عليه.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار القاضي في تعليقه، والشريف وأبي الخطاب والشيرازي وأبي محمد وغيرهم، لأنه حقّ تدخله النيابة مستحقة متعيّن، فإذا امتنع من هو عليه من الإيفاء كان للسلطان الاستيفاء كالدين. وخرّج إذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة، ولم يختر، لم يملك الحاكم الاختيار لأن الحق غير متعيّن. والرواية الثانية: ليس للحاكم أن يطلّق عليه، بل يحبسه ويضيّق عليه حتى يطلّق لأن الله تعالى أضاف الطلاق إليه بقوله: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلَاقَ﴾ ولعموم الطلاق لمن أخذ بالسارق، وحملاً على حال الاختيار. وظاهر كلام الخرقي أن المولي إذا طلّق واحدة اكتفى بها، ولا ريب في ذلك. وظاهر كلامه أنها تكون رجعية كالطلاق من غيره، وسيصرح بذلك، وذلك لأنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد، فوجب أن يكون رجعيًا، كما لو لم يكن موليًا. وهذا إحدى الروايتين، واختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه، كالشريف وأبي الخطاب والشيرازي وابن عقيل وأبي محمد.

والرواية الثانية: يكون بائنًا، لأن الطلاق إنما ثبت دفعًا للضرر عنه بامتناعه من وطئها، ومع كونه رجعيًا لا يزول الضرر لإمكان مراجعتها. وأجبت بأن الضرر لا يزول بضرب المدّة بعد الرجعة إن بقيت مدّة الإيلاء.

(قال): فإن طلّق عليه ثلاثًا. فهي ثلاث.

(ش): الحكام مخيّر بين أن يفسخ النكاح، وبين أن يطلّق. فإن فسخ فهل يقع بذلك طلاق على روايتين حكاهما الشيرازي. والمشهور المعروف أنه لا

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

يقع، وعليه فهل يحرم عليه على التأييد كفرقة اللعان، وهو اختيار أبي بكر، أو تحلّ له، وهو المذهب على قولين حكاهما أبو بكر.

وامتنع ابن حامد وجمهور الأصحاب من ذلك، وجعلوا محلّها في فرقة اللعان، وهكذا الطريقتان في كل فرقة من الحاكم، وإن طلّق فله أن يطلّق واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا. نص عليه أحمد في رواية أبي طالب، لأنه قام مقامه فملك ما يملكه، كما لو وكله في ذلك، وإذا طلّق دون الثلاث فهل ذلك رجعيّ أو بائن، مبنيّ على طلاق المولى.

وعنه رواية ثالثة وهي المنصوصة، أن طلاق الحاكم بائن، لأنه موضوع لدفع النزاع، وطلاق المولي رجعيّ، لما تقدم[1].

(قال) وإن طلّق واحدة وراجع، وقد بقي من مدّة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر، كان الحكم كما حكمنا في الأول.

(ش): هذا تصريح من الخرقي بأن طلاق المولي يكون رجعيًا، فإذا طلّق وراجع نظرت في المدّة، فإن بقي منها قدر مدة الإيلاء وهو أكثر من أربعة أشهر على المذهب كان الحكم كما لو حلف ابتداء في أنه تضرب له المدّة. ثم يؤمر بعدها بالفيئة، فإن فاء وإلا أمر بالطلاق، فإن طلّق وإلا طلّق الحاكم عليه. وجميع ما تقدم يجري هنا وذلك لأنها زوجة ممنوع من وطئها بيمنيه، أشبه ما لو لم يطلّقها، وفقهه أن الحكمة في ضرب المدّة في النكاح الأول زوال الضرر عنها، وهذا موجود في النكاح الثاني.

ومقتضى كلام الخرقي أنه إذا وقف فطلّق أنه لا يبتدئ بالمدة من حين طلّق، بل من حين راجع. وهو مقتضى قول القاضي وغيره من الأصحاب. قال

---

(١) الحاكم قائم مقامه، فيملك من الطلاق ما يملكه، كما لو وكله في ذلك، وليس ذلك على حقها، فإن حقها الفرقة، غير أنها تتنوع. وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه. ومنعه وجعتها لعمله بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٥٤٤).

أبو محمد: ومقتضى قول ابن حامد أنه إذا طلّق استؤنفت مدة أخرى من حين طلق، فإن تمّت قبل انقضاء العدة وقف بائنًا، فإن فاء وإلا أمر بالطلاق، وهذا أخذه من قول ابن حامد أنه إذا صحّ الإيلاء من الرجعية على المذهب تكون المدّة من حين اليمين، وهو قول أبي بكر أيضًا. قال القاضي: وهو قياس المذهب بناء على أن الرجعية مباحة، وهذا من القاضي يقتضي أن على قول الخرقي لا تحتسب بالمدّة إلا من حين الرجعة، إذا الرجعية عنده محرّمة، وصرح بذلك أبو محمد، فقال: على قول الخرقي إنه لا يحتسب بالمدّة إلا من حين الرجعة.

وملخصه أن هنا شيئين.

أحدهما: إذا آلى من الرجعية وصححناه فالمدّة على المعروف من حين اليمين وأبو محمد يأخذ من قول الخرقي بتحريم الرجعية، أن المدّة لا تكون إلا من حين الرجعة، وهذا يجيء على قول أبي محمد من أنه إذا كان مانع من جهتها لم يحتسب عليه بمدّته، أما على قول غيره بالاحتساب فلا يمشي.

وإذن قول القاضي أن هذا قياس المذهب بناء على أن الرجعية مباحة ليس بجيّدة بل هو قياس المذهب. وإن قلنا بتحريمها، لهذا قال هو وغيره: إن المدة من حين اليمين.

الشيء: الثاني: إذا وقف فطلّق طلاقًا رجعيًا، فكل من وقف على كلامه من الأصحاب يقول: لا تبتدأ المدّة من حين الطلاق، وأبو محمد خرّج من قول ابن حامد أن المدّة تبدأ من حين الطلاق، وهو غير مسلم له.

(قال): ولو أوقفناه بعد الأربعة أشهر فقال: قد أصبتها، فإن كانت ثيّبًا كان القول قوله:

(ش): نظرًا للأصل، إذا الأصل بقاء النكاح، والمرأة تدّعى ما يلزم منه رفعه، ولا ريب أن القول قول مدّعي الأصل، لأن الظاهر معه، ثم هل ذلك مع

يمينه. اختلف نسخ الخرقي، وأبو بكر يختار أن لا يمين.

والمسألة فيها روايتان ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا كانت بكرًا كان القول قولها، وهذا مشروط بـما إذا شـهدت البيّنـة ببقـاء عـذرتها، وإلا فـالقول قـول الزوج، لما تقدم.

(قال): ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلّقهـا وانقـضت عـدتها منـه، ثـم نكحها وقد بقي من مدّة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت.

(ش): لما تقدم فيما إذا طلّقها ثم راجعها، إذا والحال هـذه هـو ممتنـع مـن وطء زوجته بيمينه أكثر من أربعة أشهر. فأشبه ما لو لم يطلّق. وقوله: أكثر مـن أربعة أشهر بناء على المذهب، وعلى هذا لو بقي أقـل مـن ذلـك. لم تـضرب لـه مدة. وقوله: كما وصفت من أنه يؤمر بعد مضيّ المدة الفيئـة. فـإن لم يفـيء أمـر بالطلاق فإن طلّق الحاكم عليه لما تقدم.

(قال): ولو آلى منها واختلفا في مضيّ الأربعة أشهر كـان القـول قولـه في أنها لم تمض مع يمينه.

(ش): لأن الاختلاف في ذلك يرجع إلى الاختلاف في وقت اليمين. ولـو اختلفا في وقت اليمين كان القول قوله بلا ريب. إذ الأصـل عـدم الإيـلاء فـيما تقدم، ويكون ذلك مع يمينه لعموم قول النبي ﷺ: «ولكن اليمين عـلى المـدّعى عليه».

واختار أبو بكر والقاضي أنه لا يمين لأنه اختلاف في حكـم مـن أحكـام النكاح، أشبه الاختلاف في أصل النكاح. والله أعلم.

* كِتابُ الظهار *

(ش):الظهار مشتقّ من الظهر، وخصّ الظهر دون غيره لأنه موضع الركوب والمرأة مركوبة إذا جومعت، فأنت علي كظهر أمّي. أي ركوبك للنكاح حرام عليّ كركوب أمي للنكاح.

قال ابن أبي الفتح وهو عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي. وكأنه يريد في الأصل، وإلا فالظهار في الاصطلاح أعمّ من هذا والأصل فيه قول الله سبحانه: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾(1) وما بعدها.

والسنّة ما سيأتي فإن شاء الله تعالى.

وهو محرّم. قال الله سبحانه: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾ وأكدت ذلك بقوله تعالى بعد: ﴿مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾وهذا اتفاق والحمد لله.

(قال): وإذا قال لزوجته: أنت عليّ كظهر امرأة أجنبية، أو أنت عليّ حرام، أو حرّم عضوًا من أعضائها. فلا يطأها حتى يأتي بالكفّارة.

(ش): قد اشتمل كلام الخرقي على مسائل:

---

(1) الآية ٢ من سورة المجادلة.

إحدهما: إذا قال لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي، أنه يكون مظاهرًا، وهذا إجماع والحمد لله، ولذلك قدّمه الخرقي، وفي معنى هذه المسألة إذا شّبه زوجته بغير أمه ممّن تحرّم عليه التأبيد كأخته، وإن كانت من الرضاع ونحو ذلك إناطة بالتحريم المؤبّد.

المسألة الثانية: إذا قال: أنت عليّ كظهر أجنبية، وفيه روايتان.

أحداهما وهو اختيار الخرقي وأبي بكر في التنبيه وجماعة من الأصحاب على ما حكى القاضي، واختار القاضي أيضًا في موضع يكون مظاهرًا لأنه أتي بالمنكر من القول أشبه ما لو شبّهها عليه على التأبيد أو شبّهها بمحرّمة أشبه ما لو شبهها بالأم.

والرواية الثانية وهي اختيار ابن حامد والقاضي في التعليق والشريف والشيرازي وأبي بكر على ما حكاه عنه أبو محمد لا يكون مظاهرًا لأنه شبّهها بمن تحلّ له في حاله أشبه ما لو شبّهها بزوجة له أخرى محرّمة أو حائضًا أو نفساء، ونحو ذلك وفي معنى هذه المسألة إذا شبّه امرأته بأخت زوجته ونحوها، لأن تحريمها تحريمًا مؤقتًا، وعلى هذه الرواية هل يلغى أو تجب فيه كفّارة يمين على روايتين.

المسألة الثالثة: إذا قال: أنت عليّ حرام، فعن أحمد، وهي اختيار الخرقي أنه ظهار وإن نوى غيره فيكون صريحًا، لأن معناه معنى الظهار لأن أنت عليّ كظهر أمي معناه: أنت علي حرام كتحريم ظهر أمي، ولأنه أتي بالمنكر من القول والزور في زوجته أشبه ما لو قال: أنت عليّ كظهر أمي، وقد ذكر ذلك إبراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس – رضي الله عنهم –.

والرواية الثانية: أنه ظاهر في الظهار، فعند الإطلاق ينصرف إليه لما تقدم، وإن نوى يمينًا أو طلاقًا انصرف إليه لاحتماله لذلك.

والثالثة: أنه ظاهر في اليمين فعند الإطلاق ينصرف إليها. وإن نوى الطلاق أو الظهار انصرف إلى ذلك لعموم: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾(١) الآية إلى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾(١) وهذا قد حرّم لما أحل الله له فدخل في الآية، وكذا فهم الحبر ابن عباس – رضي الله عنهما–، قال: «إذا حرّم الرجل فهي يمين يكّفرها»(٢) وقال: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾(٣) متفق عليه. وفي لفظ: أنه أتاه رجل فقال: «إني جعلت امرأتي علىّ حرامًا فقال: كذبت، ليس عليك بحرام. ثم تلي هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ أغلظ الكفّارة عتق رقبة»(٤) رواه النسائي.

المسألة الرابعة: إذا حرّم عضوًا من أعضائها، كأن قال يدك عليّ حرام، أو يدك عليّ كيد أمي، أو كظهرها، ونحو ذلك. فالمذهب المنصوص المشهور أنه يكون مظاهرًا، لأن التحريم إذا ثبت في العضو سري في الجميع، لامتناع تحريم البعض وحلّ البعض، فصار ذلك كما لو قال: طلّق يدها ونحو ذلك.

وفي المذهب رواية أخرى: لا يكون مظاهرًا حتى يشبه جملة امرأته اتباعًا للنص، وكما لو حلف لا يمّس عضوًا منها، ونالعضو الذي يكون به مظاهرًا هو الذي يكون به مطلّقًا، وما لا فلا.

المسألة الخامسة: أنه في جميع هذه الصور لا يطأ حتى يكفّر، وكذلك في كل موضع حكم بظهره فيه وهو إجماع إذا كان التكفير بالعتق أو الصيام، وقد شهد له النص وهو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ

(١) الآيتان ١، ٢ من سورة التحريم.
(٢) أخرجه مسلم في الرضاع (٨٥، ٨٦).
(٣) الآية ٢١ من سورة الأحزاب.
(٤) أخرجه النسائي في الطلاق (١٦).

﴿تُوعَظُونَ بِهِ وَاللهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾(١) واختلف عن أحمد – رحمه الله – فيما إذا كان التكفير بالإطعام، فعنه، وهو اختيار أبي بكر وأبي اسحاق بن شاقلا. يجوز الوطء قبل التكفير. تمسّكًا بظاهر الكتاب، فإن الله تعالى ذكر عدم التماس في العتق والصيام، ولم يذكره في الإطعام، فاقتصرنا على مورد النص.

وعنه، وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار القاضي في خلافه وفي روايتيه. والشريف وأبي محمد وغيرهم، لا يجوز، لأنه الله سبحانه لمّا ذكر عدم المسيس في العتق والصيام مع أن الصيام تطول مدّته، كان ذلك تنبيهًا على انتفاء المسيس في الإطعام. وعن عكرمة عن ابن عباس – رضي الله عنهما –: «أن رجلاً أتي النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفّر. فقال: ما حملك على ذلك يرحمك الله قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. قال: فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله»(٢) رواه الخمسة إلا أحمد، وصحّحه الترمذي. ومن جملة ما أمره الله به الإطعام.

المسألة السادسة: الظاهر يختصّ بالزوجة على ظاهر كلام الخرقي، ونص عليه أحمد. وجزم به جماعة من الأصحاب. حتى قال القاضي في روايتيه رواية واحدة. فعلى هذا الإظهار من أمته ولا أم ولده، لقول الله سبحانه ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم﴾ فخصّ سبحانه الظهار بالنساء، ولأن الظهار كان طلاقًا في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محلّة.

قال أحمد: قال أبو قلابة وقتادة: إن الظهار كان طلاقًا في الجاهلية، والطلاق قطعًا لا يؤثر في الأمة فكذلك الظهار.

---

(١) الآية ٣من سورة المجادلة.

(٢) أخرجه الترمذي في الطلاق (١٩)؛ وأبو داود في الطلاق (١٧)؛ وابن ماجه في الطلاق (٢٥؛ والنسائي في الطلاق (٣٣).

واختلف عن أحمد فيها يلزمه، فعنه وهو المشهور والمختار تلزمه كفّارة يمين لأنه تحريم لمباح من ماله، فكان عليه كفّارة يمين كتحريم سائر ماله.

ونقال عنه أبو طالب: ليس في الأمة ظهار ولكن حرام فعليه الكفّارة. قيل له: كفّارة الظهار؟ قال: نعم.

قال أبو بكر: لك من روى عنه ليس عليه فيها كفّارة الظهار، إنما هو كفّارة يمين، إلا ما رواه أبو طالب. قال: ولا يتوجه على مذهبه. انتهى . وخرّج أبو الخطاب والشيخان قولاً: أنه لا شيء فيه.

قال أبو الخطاب من قوله فيها إذا ظاهرت المرأة من زوجها أنه لا شيء عليها إذ هذا ليس بظهار فتجب فيه كفّارته، وليس بيمين فتجب فيه كفّارتها.

المسألة السابعة: حيث حرّم الوطء قبل التكفير، هل يحرّم الاستمتاع قبله؟ على روايتين.

إحداهما: وهي ظاهر كلام الخرقي: يجوز، لأن التماسس في الآية الكريمة كتابة عن الوطء، وإذا كانت الكتابة مرادة، فالحقيقة غير مرادة.

الثانية: وهي اختيار أبي بكر، والقاضي في خلافه، وأصحابه كالشريف و أبي الخطاب والشيرازي وابن البنا وغيرهم، لأن في حديث ابن عباس – رضي الله عنهما – السابق: «لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله» رواه النسائي عن عكرمة مرسلاً، وقال فيه: «فاعتزلها حتى تقضي ما عليك» وقد ادّعى القاضي أن المراد بالمسيس في الآية الكريمة حقيقته، وأن الوطء إنما ثبت بالتنبيه، وفيه بعد.

(قال): فإن مات، أو ماتت، أو طلّقها، لم تلزمه الكفّارة، فإنه تزوّجها لم يطأها حتى يكفّر، لأن الحنث بالعود، وهو الوطء، لأن الله عز وجل أوجب الكفّارة على المظاهر قبل الحنث.

(ش): أعلم أن الخرقي – رحمة الله – قد بنى ما بدأ به على أصل وهو

العود ما هو، قال: إنه الوطء، هذا إحدى الروايتين، نص عليه أحمد فقال في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ قال: الغشيان إذا أراد أن يغشى كفرّ.

وقال أيضًا: مالك يقول: إذا أجمع لزمته الكفّارة. فكيف يكون هذا لو طلّقها بعد ما يجمع كان عليه كفّارة؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاووس: إذا تكلّم بالظهار لزمه مثل الطلاق. ولم يعجب أحمد – رحمه الله- قول طاووس، وهو اختيار الشيخين لأن قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ أي لقولهم، فما والفعل في تأويل المصدر، أي لقولهم، والمصدر في تأويل المفعول، أي مقولهم الذي امتنعوا منه هو الوطء، وقرينة هذا العود، إذا هوم فعل ضد قوله، ومنه الراجع في هبته، هو الراجع في الموهوب، والعائد فيما نهى عنه فاعل المنهيّ، والمظاهر مانع لنفسه من الوطء، فالعود فعله، ولأن الظهار يمين مكفّرة فلا تجب الكفّارة إلا بالحنث فيها، وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الإيمان، وتجب الكفّارة بذلك كسائر الإيمان.

والثانية:وبها قطع القاضي وأصحابه، أنه الغرم على والوطء، قال القاضي: ونص عليه أحد في رواية الجماعة، منهم الأثرم، فقال: العودة أن يريد أن يغشى. فيكفرّ قبل أن يمسّها.

وكذلك نقل أحمد بن أبي عبدة. تلزمه الكفارة إذا أجمع على الغشيان. فذكر له قول الشافعي: إنه الإمساك، فلم يعجبه. وذلك لأن التكفير بنص الكتاب والسنّة يجب قبل الوطء، وهو مسببٌ على الوطء على القول الأول. لأنه به يجب، والمسببّ لا يتقدم على السبب فإذًا قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ أي يريدون العود فتحرير أي فالواجب تحرير، وهذا كما في قوله تعالى: ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ﴾(١)، ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ﴾(١) وهو كثير، ومن

(١) الآية ٦ من سورة المائدة.

قال بالأول أجاب بأن التكفير شرط الحل، كما أن الطهارة شرط لصحّة الصلاة من يريدها.

وملخصه: أن لنا إخراج ووجوب. فإخراج الكفّارة تجب عند إرادة الوطء فهو مسببٌ عن الإرادة، ووجوب الكفّارة بمعنى استقرارها في ذمته يجب بالوطء. إذا تقرر هذا إنبنى عليه ما تقدم، هو ما إذا ماتت. أو مات، أو طلّقها قبل الوطء، فعلى القول الأول لا تجب الكفّارة، لأن وجوبها بالوطء ولم يوجد.

وعلى القول الثاني إن وجد ذلك بعد العزم وجبت لوجود العود، وإلا لم تجب، كذا فرّعه أبو البركات على قول القاضي وأصحابه.

وزعم أبو محمد عن القاضي وأصحابه أنهم على قولهم لا يوجبون الكفّارة على من عزم ثم مات أو طلّق، إلا أبا الخطاب فإنه قال بالوجوب، فعلى القول الأول بأن الكفّارة على المطلّق قبل الوطء وإن عزم عاد فتزوجها فحكم الظهار باقٍ فلا يطأ حتى يكفّر لإطلاق الآية الكريمة، فإن هذا قد ظاهر من زوجته ثم أراد العود إليها، فدخل تحت: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ وأن الظهار يمين مكفّرة، فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء. وبنى ذلك القاضي على أصلنا: من أن النكاح الثاني ينبني على الأول، وأن الصفة لا تزول بالبينونة. وقد دل كلام الخرقي على أن الكفّارة لا تجب بمجرد الظهار ولا بالإمساك بعده، ولا بإعادة القول ثانيًا.

وقوله: لأن الحنث بالعود وهو الوطء تعليل، لأن الكفّارة لا تلزم بالموت ولا بالطلاق قبل الوطء. وقوله: لأن الله عز وجل أوجب الكفّارة على المظاهر قبل الحنث، تعليل لقوله: فلم يطأها حتى يكفّر، هذا الذي يظهر لي.

(قال): ولو قال لامرأة أجنبية: أنت عليّ كظهر أمي، فلم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بكفّارة الظهار.

---

(١) الآية ٩٨ من سورة النحل.

(ش): هذا منصوص أحمد، وعليه أصحابه، قال: ليس هو بمنزلة الطلاق. وذلك لما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب- ﷺ- أنه قال في رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي عليّ كظهر أمي، فتزوجها، قال: «عليه كفّارة الظهار» ولأنها يمين مكّفرة، فصحّ انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى.

ولأبي محمد احتمال: أنه لا يصح لقول الله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ والأجنبية ليست من نسائه، ولأنه نوع تحريم. فلم يتقدم النكاح، كالطلاق وأجيب عن الآية: بأنها خرجت مخرج الطلاق، وعن القياس بالفرق من وجهين.

أحدهما: أن الطلاق حل قيد النكاح، ولا حل قبل العقد، والظهار تحريم للوطء وذلك قد يتقدم على العقد كالحيض.

والثاني: أن الطلاق يزيل المقصود من النكاح فلم يصح، وهذا لا يزيله، وإنما تعلق الإباحة على شرط انتهى، وكذلك الحكم إذا عمّم فقال كل النساء عليّ كظهر أمي.

(قال): وإذا قال: أنت عليّ حرام وأراد في تلك الحال. لم يكن عليه شيء وإن تزوجها لأنه صادق، وإن اراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بالكفّارة.

(ش): أما إذا أراد بقوله: أنت عليّ حرام، الإخبار عن حرمتها في الحال فلا شيء. عليه لما علّل به من أنه صادق، إذا قد وصفها بصفتها، ولم ينقل المنكر من القول والزور، وأما إذا أراد تحريمها في كل حال فهو مظاهر، لأن من جملة الأحوال إذا تزوجها. ولفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار في الزوجة بلا ريب، فكذلك في الأجنبية، ولو أطلق فلا شيء عليه لاحتماله للإنشاء والإخبار فلا يتعيّن أحدهما بغير تعيين.

(قال): ولو ظاهر من زوجته وهي أمة فلم يكفرّ حتى ملكها انفسخ النكاح، ولم يطأها حتى يكفر.

(ش): أما انفساخ النكاح فلا ريب فيه لعدم اجتماع ملك اليمين، وملك النكاح، وإذن يغلب الأقوى وهو الملك ويبطل النكاح، وأما الوطء فقال الخرقي: لا يطأها حتى يكّفر. واختاره ابن حامد والقاضي وغيرهم، لشمول الآية الكريمة له وهي: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾(1) وهذا قد ظاهر من امرأته فدخل في الآية. وقال أبو بكر في الخلاف: يبطل حكم الظهار وتحلّ له، وعليه كفّارة يمين. كما لو تظاهر منها وهي أمته، لأنها خرجت عن الزوجات وصارت ملك بمينه. فأعطيت حكم ذلك. وخرّج أبو البركات قولاً: أنها تحل له بملك اليمين بلا كفّارة مع عود الظهار لو عتقت أو بيعت ثم تزوّجها، لعله مخرج مما إذا ظاهر من أمته لا شيء عليه، وأن الصفة تعود. وبيانه: أنه إذا ظاهر منها وهي زوجته ثم ملكها فقد زالت الزوجية وملك اليمين لا يؤثر الظهار فيها شيئًا، فيصير كما علّق طلاق زوجته على شيء. ثم أبانها وفعل المحلوف عليه، فإنه لا شيء عليه، كذلك هنا تحل له بملك اليمين ولا شيء عليه. ثم بعد ذلك إذا أعتقها أو باعها ثم تزوجها عاد الظهار كما تعود الصفة.

(قال): ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة لم يكن عليه أكثر من كفّارة واحدة.

(ش): هذا هو المذهب بلا ريب، حتى إن أبا محمد نفى الخلاف في المذهب اتباعًا لقول عمر وعلي - رضي الله عنهما- فإنهما قالا كذلك. رواه عنهما الأثرم، ولا يعرف لهما مخالف، أو كما لو حلف بالله تعالى على ذلك وحكى أبو البركات رواية أخرى: أن عليه لكل واحدة كفّارة، لأنه قد وجد الظهار

---

(1) الآية ٣ من سورة المجادلة.

والعود فيها، فأشبه ما لو أفردها.

ومفهوم كلام الخرقي أنه لو تظاهر منهن بكلمات، كان عليه لكل واحدة كفّارة، وهو إحدى الروايات، واختيار ابن حامد والقاضي وأبي محمد وغيرهم، لأنها إيمان لا يحنث في أحدها بالحنث في الأخرى، فلا يكفّرها كفّارة واحدة كما لو كفّر ثم ظاهر.

والرواية الثانية ويه اختيار أبي بكر: عليه كفّارة واحدة. قال أبو بكر اتباعًا لعمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لأن كفّارة الظهار حق لله تعالى فلم يتكرر سببها، كالحد.

والرواية الثالثة: إن كان في مجالس فكفّارات، وإن كان في مجلس واحد فكفّارة واحدة، نقلها الفضل بن زياد.

(قال): والكفّارة عتق رقبة.

(ش): لا نزاع في هذا، وقد شهد له الكتاب العزيز، قال سبحانه ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ أي فالواجب تحرير رقبة، أو فعليه تحرير رقبة.

(قال): مؤمنة.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار جمهور أصحابه الخرقي والقاضي والشريف وأبي الخطاب والشيرازي وأبي محمد وغيرهم، حملاً للمطلق في آية الظهار على المقيّد في كفّارة القتل لاتّحاد الحكم، ولما روى معاوية ابن الحكم -رضي الله عنه- قال: «كانت لي جارية، فأتيت النبي ﷺ. فقلت: عليّ رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول ﷺ: أين الله؟ قالت: في السماء. فقال: من أنا؟

فقالت: أنت رسول الله، فقال النبي ﷺ: أعتقاها، فإنها مؤمنة»[1] رواه مسلم والنسائي. فعلّل عقتها عما عليه بأنها مؤمنة.

والرواية الثانية: لا يتشرط إيمانها، بل تجزئ وإن كانت كافرة، نص عليها في اليهود والنصراني. واختارها أبو بكر أخذًا بإطلاق الكتاب. وهاتان الروايتان تجريان في كل رقبة واجبة من نذر أو كفّارة، ما عدا كفّارة القتل فإن الإيمان شرط فيها بلا نزاع للنص.

(قال): سالمة من العيوب المضرة بالعمل.

(ش): لأنه لحظ فيه تمليك منافعه، وخروجه من حيّز العدم إلى حيّز الوجود، ومع الضرر بالعمل لم يحصل ذلك فعلى هذا لا يجزئ الأعمى ولا المقعد ولا مقطوع اليد أو الرجل أو أشلّهما، أو إبهام اليد، أو سبّابتها أو الوسطى أو الخنصر والبنصر من يد واحدة، وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها بخلاف قطع غيرها من الأنامل، ولو كان الجميع، ولا يجزئ المجنون ولا المريض غير مرجوّ البروء كالشل بخلاف البروء، ولا النحيف العاجز عن العمل، ويجزئ الأعرج يسيرًا أو المجذع الأنف والأذن والمجبوب والخصيّ والأعور، على أصحّ الروايتين وهل يجزئ الأخرس مطلقًا، وهو الذي حكاه القاضي في التعليق، وأبو الخطاب عن أحمد، أو لا يجزئ مطلقًا، وهو الذي حكاه أبو محمد منصوصًا له.

أو إن كان به صمم لم يجزئ، وإلا أجزأ، وهو اختيار القاضي وجماعة من أصحابه وعليه حمل نص أحمد بالإجزاء.

أو أن فهمت إشارته أجزأ وإلا فلا، وهو مختار أبي محمد.

---

(١) أخرجه مسلم في المساجد (٣٣)؛ وأبو داود في الصلاة (١٦٧) وفي الإيمان (١٦)؛ والنسائي في السهو (٢٠)؛ والدرامي في النذور (١٠)؛ والإمام مالك في العتق (٨، ٩)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٩١ وفي ٣/ ٤٥٢ وفي ٤/ ٢٢٢، ٣٨٨، ٣٨٩، وفي ٥/ ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩.

وإن انتفى عنه الصمم، وفهمت إشارته أجزأ، وإن وجد أحدهما منع، وهو اختيار أبي البركات على خمسة أقوال، وهذا كله على المعروف من المذهب. وقد حكى ابن الصيرفي في نوادره رواية بإجزاء الزمن والمقعد، فيخرج به عامة هذه الصور قول بالإجزاء، وتمام الكلام على ذلك له محل آخر.

(قال): فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.

(ش): إذا لم يجد رقبة يشتريها، أو وجدها ولم يجد ما يشتريها به، أو وجد ما يشتريها به لكن بزيادة كثيرة أو مجحفة بماله أو وجدها. ولكن احتاجها لخدمة ونحو ذلك. فالكّفارة صيام شهرين متتابعين لقول سبحانه: ﴿مَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[1].

(قال): فإن أفطر فيهما من عذر بنى، وإن أفطر من غير عذر ابتدأ.

(ش): الإجماع على وجوب التتابع في الشهرين لشهادة الكتاب وقد تقدم لذلك، وكذلك السنّة، فعن حويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت: «ظاهر منّي أوس بن الصامت. فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: إتقي الله، فإنه ابن عمك. فما برح حتى نزل القرآن: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾[2] إلى الفرض، فقال: بعتق رقة فقالت: لا يجد. قال: فيصوم شهرين متتابعين. قالت: يا رسول الله إن شيخ كبير ما به من صيام. قال: فليطعم ستين مسكينًا. قالت: ما عنده من شيء يتصدق به. قال: فإني سأعينه بعرق من تمر. قلت: يا رسول الله فإني سأعينه بعرق آخر. قال: قد أحسنت، اذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكينًا، وارجعي إلى ابن عمك. والعرق ستّون صاعًا» رواه أبو داود.

إذا تقرر هذا فمعنى التتابع أن يولى بين صيام أيامها ولا يفطر فيها، ولا

---

(١) الآية ٣ من سورة المجادلة.

(٢) الآية ١ من سورة المجادلة.

يصوم عن غير الكفّارة، ولا يشترط نية التتابع إنما يشترط فعله.

ومتى أفطر فيهما من غير عذر ابتداء، لإخلاله بالشرط، وهو التتابع. وكذلك إن صام عن نذر أو قضاء أو كفّارة أخرى لذلك، فلو كان النذر أيامًا من كل شهر كأيام البيض أو يوم الخميس، قدّم الكفّارة عليه، وقضي ذلك بعدها، إذ لو وفى بنذره لا يقطع التتابع، لا يقال هذا الزمن المنذور متعيّن للصوم فلا يقطع التتابع كصوم رمضان لأنّا نقول: الزمان لا يتعيّن، بدليل صحة صوم آخر فيه بخلاف زمن رمضان، وإن أفطر لعذر، فلا يخلو إما أن يكون موجبًا أو مبيحًا، فإن كان موجبًا كالفطر لحيض، والمرض المخوف، أو فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما، أما لكونه يوم عيد ونحو ذلك لم ينقطع التتابع، لأن مضطر إلى ذلك، ولا صنع له فيه، أشبه إذا كان الفطر للحيض. ودليل الأصل الإجماع، وإن كان العذر مبيحًا كالسفر والمرض غير المخوف، فثلاثة أوجه.

أحدها: وهو ظاهر كلام الخرقي، وإليه ميل أبي محمد لا يقطع، لأنه عذر أباح له الفطر أشبه ما لو أوجبه.

والثاني: يقطع لأن له مندوحة عنه أشبه ما لو أفطر لغير عذر.

والثالث: وهو اختيار القاضي وجماعة من أصحابه، يقطع السفر لأن إنشاءه باختياره، ولا يقطع المرض لأن حصوله بغير اختياره، وهو ظاهر كلام أحمد، بل زعم القاضي أنه منصوص وقد دخل في كلام الخرقي إذا أفطرت الحامل والمرضع لخوفهما على ولديهما، وهو أحد الوجهين، واختيار أبي الخطاب وأبي محمد، ودخل أيضًا من أفطر لجنون أو إغماء، ولا نزاع في ذلك، وكذلك من أفطر لإكراه أو نسيان كمن وطئ كذلك، أو أخطأ، كمن أكل يظنه ليلاً فبان نهارًا، وهو أحد الوجهين أيضًا، وقطع به أبو البركات نعم، قد يستثنى من

كلامه من أكل ناسيًا لوجوب التتابع، أو جاهلاً به، أو ظنًا منه أنه قد أتم الشهرين فإن تتابعه قد ينقطع ، قال أبو محمد.

(قال): فإن أصابها في ليالي الصوم أفسد ما مضى من صومه وابتداء الشهرين.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار أصحابه: الخرقي والقاضي وأصحابه: كالشريف، وأبي الخطاب، والشيرازي، وابن البنا، وبان عقيل، وغيرهم، والشيخين لقول الله تعالى: ﴿صِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾(١). أوجب سبحانه صوم شهرين بشرطين.

أحدهما: تقدم الشهرين على المسيس.

والثاني: إخلاؤهما عن المسيس، فإذا وطئ في خلالهما فقد فات أحد الشرطين وهو تقديمهما عليه، وبقي الشرط الآخر يمكنه أن يأتي به فيستأنف الصوم، فيخلو الشهران عن المسيس، فوجب ذلك كمن أمر بشيئين فعجز عن أحدهما وقد على الآخر، يسقط ما عجز عنه ويلزمه ما قدر عليه.

والرواية الثانية: لا ينقطع التتابع بذلك، لأنه وطء لم يصادف محل الصوم، أشبه ما لو وطئ غير التي ظاهر منها، ولأن التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم الذي قبله، وهذا متحقق ، وإن وطئ ليلاً، وكذلك الروايتان إذا وطئها نهارًا ناسيًا قاله غير واحد، وخرّجهما أبو محمد فيما إذا وطئها وقد أبيح له الفطر لمرض ونحوه.

وأعلم أن ظاهر كلام أبي محمد في المقنع أن شرط عدم انقطاع التتابع فيما إذا وطئ ليلاً أن يطأ نسيًا وهو غفلة منه فلا يعتبر بذلك.

تنبيه: أخذت الرواية الأولى من قول أحمد في رواية ابن منصور، إذا تظاهر فاخذ في الصوم فجامع، يستقبل، وأخذت الثانية من قوله في رواية

---

(١) الآية ٤ من سورة المجادلة.

الأثرم: وسئل عن المظاهر إذا صام بعض صيامه ثم جامع قبل أن يتمّه كيف يصنع؟ قال: يتمّ صومه. والروايتان مطلقتان كما ترى، ولكن الأصحاب حملوهما على ما تقدم.

(قال): فإن لم يستطع فإطعام ستّين مسكينًا.

(ش): إذا لم يستطع صوم الشهرين على الصفة الواجبة فكفّارته إطعام ستّين مسكينًا بالإجماع، وقد شهد لذلك ما تقدم من الكتاب والسنّة، وسواء عدم الاستطاعة لكبر كما تقدم في قصة أوس بن الصامت، أو بشبق، لما روى مسلمة بن صخر -رضي الله عنهما- قال: «كنت امرأ قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري، فلمّا دخل رمضان ظاهرت من امرأتي حتى انسلخ رمضان فرقًا من أن أصيب في ليلتي شيئًا فأتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار وأنا لا أقدر أن أنزعه، فبينا هي تخدمني من الليل إذا انكشف لي منها شيء، فوثبت عليها. فلمّا أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري. وقلت لهم: انطلقوا معي إلى رسول الله ﷺ فأخبروه بأمري. فقالوا: والله لا نفعل، نتخوّف إن ينزل فينا قرآن، أو يقول فينا رسول الله ﷺ مقالة يبقى علينا عارها، ولكن أذهب أنت واصنع ما بدا لك فخرجت حتى أتيت رسول الله ﷺ، فأخبرته خبري. فقال: أنت بذاك؟ فقلت: أنا بذاك. فقال: أنت بذاك؟ فقلت: أنا بذاك. فقال: أنت بذاك؟ فقلت نعم، هأذن فامض في حكم الله فأنا صابر له. قال: أعتق رقبة. فضربت صفحة رقبتي بيدي، وقلت لا، والذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها. قال: فصم شهرين متتابعين. قلت: يا رسول الله وهل أصابني ما أصابني إلا في الصوم؟ قال: فتصّدق. قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليتنا وحشاء ما لنا عشاء. قال: إذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فقال له، فليدفعها إليك، فأطعم عنك منها وسقامن تمر ستّين مسكينًا، ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك - فرجعت إلى قومي فقلت لهم: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله ﷺ

السعة والبركة، وقد أمر لي بصدقتكم فادفعوها إليّ. قال: فدفعوها إلى»[1] رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي، وحسنّة، انتهى.

أو مرض وإن رجي زواله، لدخوله تحت الآية الكريمة، لا لسفر ومقتضى كلام الخرقي أنه لا بد من تعدد المساكين، وتأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في كتاب الكفّارات.

تنبيه: فرقًا، أن خوفًا، والله أعلم.

(قال) مسلمًا.

(ش): من شرط المسكين المدفوع إليه في الكفّارة أن يكون مسلمًا على المنصوص والمختار للأصحاب، فلا يجوز الدفع لذمّي.، لأنه كافر فلم يجز الدفع إليه كالحربيّ والمستأمن، أو مالاً يجب دفعه إلى الفقير بالشرع، فلا يدفع إلى أهل الذمة كالزكاة.

وحكى الخلال في جامعه رواية بالجواز. قال القاضي: ولعله بنى ذلك على جواز عتق الذمي في الكفارة، وذلك لأنه مسكين فدخل تحت: ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ﴾[2].

تنبيه: بحث الأصحاب، وكلامهم يقتضي أن الخلاف في الذميّ، وأنه لا نزاع أن الحربيّ لا يدفع إليه، وكذلك نص أحمد في جواز عتق الكافر، إنما هو في اليهود والنصراني.

(قال): حرًا.

(ش): أي ومن شرط المسكين أن يكون حرًا، فلا يجوز دفعها لعبد ولا أمّ

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (١٧)؛ والترمذي في التفسير (سورة ٥٨: ١)؛ وابن ماجه في الطلاق (٢٥)؛ والدارمي في الطلاق (٢٩)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٣٧.

(٢) الآية ٤ من سورة المجادلة.

ولد ونحوها، لعدمك حاجتهم لوجوب نفقتها على سيّدهما.

وظاهر كلامه أن لا يجوز دفعها إلى مكاتب. ويأتي ذلك في الكفّارات إن شاء الله تعالى.

ويدخل في كلام الخرقي المسكين، الفقير، لأنه مسكين وزيادة، وكذلك الغارم لإصلاح نفسه لأنه محتاج.

(قال): لكل مسكين مُدّ من حنطة، أو نصف صاع من تمر أو شعير.

(ش): أما كونه مّدًّا من حنطة، فلما روى الإمام أحمد قال: حدثنا إسماعيل، حدثنا أيوب عن أبي يزيد المدني قال: «جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير. فقال النبي ﷺ للمظاهر: أطعم هذا، فإن مدَّيْ شعير مكان مدّ برّ»[1] وعلى هذا يحمل ما روى عن أبي سلمة عن سلمة بن صخر: «أن النبي ﷺ أعطاه مكتلاً فيه خمسة عشر صاعًا. فقال: أطعمه ستّين مسكينًا، وذلك لكل مسكين مدّبرّ». رواه الدارقطني، وللترمذي معناه.

ثم هذا قول زيد، وابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة- رضي الله عنهم.

وأما كونه نصف صاع تمر أو شعير، فلما تقدم من أن مدَّيْ شعير مكان مدّ برّ، وفي أبي داود قال: وذكر عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: يعني العرق زنبيلاً يأخذ خمسة عشر صاعًا، وإذن العرقان ثلاثون صاعًا، فيكون لكل مسكين نصف صاع تمر، انتهى.

والخرقي – رحمه الله- اقتصر على البرّ والشعير والتمر، وقال غيره: يجزئ هنا ما يجزئ في الفطرة، فإن كان قوت بلده غير ذلك كالأرزّ والذرة فهل يجزئه؟ وهو اختيار أبي الخطاب، وأبي محمد، أو لا يجزئ؟ وهو اختيار القاضي. فيه قولان.

(١) أخرجه البخاري في الصوم (٣١)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٥١٦.

وكذلك القولان في إجزاء الخبز، إلا أن القاضي وأصحابه هنا، وافقوا على الإجزاء.

تنبيه: المكتل: الزنبيل، وقيل القفّة. وهما بمعنى واحد، وقيل: القفّة العظيمة، والعرق قد فسره أبو سلمة بن عبد الرحمن، بأنه يسع خمسة عشر صاعًا. وفي حديث خويلة قالت: «والعرق ستّون صاعًا»(١). وفي رواية: «والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعًا»(٢) قال أبو داود وهذا أصحّ، يعنى من كونه ستين صاعًا.

قال بعضهم: والاختلاف في قدره يدل على انه يختلف، فيكون بعضه أكبر من بعض، وهو بفتح العين والراء، وسكّن بعضهم الراء.

والزنبيل بفتح الزاي وكسر الباء الموحدة، فخفّف فإن كسرت الزاي شددت. فقلت: زبيل –أو قلت: زنبيل، وسمّي زنبيل لأنه ينقل فيه الزبل للسماد.

(قال): ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى، وكذلك إن ابتدأ من أول ذي الحجة يوم الأضحى وأيام التشريق. وبنى على ما مضى من صيامه.

(ش): قد تقدم أنه إذا ترك صوم الكفّارة لعذر أنه لا يضرّه ويبنى، فإذا صام من أول شعبان. ففي رمضان يترك الصوم للكفّارة، لأن هذا الزمن متعيّن لرمضان، ثم يفطر يوم العيد، فبعد ذلك يكمل، وكذلك إن ابتدأ من أول ذي الحجة فإنه يغطى يوم الأضحى وأيام التشريق ثم يبنى، وإذا قلنا: يجوز صوم أيام التشريق عن الفرض مطلقًا، فإنه لا يفطر أيام التشريق.

(قال): وإن كان المظاهر عبدًا لم يكفر إلا بالصوم.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (١٧).

(٢) أخرجه البخاري في الصوم (٣٠) وفي الهبة (٢٠) وفي الكفارات (٣٢) وفي الأدب (٦٨)؛ وأخرجه أبو داود في الطلاق (١٧)؛ والترمذي في الصوم (٢٨؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٤١، ٢٨١.

(ش): هذا يدل على صحة ظهار العبد، ولا ريب في ذلك لشمول الآية الكريمة له، وإذا صحّ ظهاره فكفّارته الصيام لأنه لا يجد الرقبة لأن معسر وأسوأ حالاً منه، فيدخل تحت: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾(١).

وظاهر كلام الخرقي أن كفّارته الصيام، وإن أذن له سيّده، وهو - والله أعلم- بنى على قاعدته من أنه لا يملك، وإن ملك، ومن لا ملك له لا ماله له يكفّر به. ومن الأصحاب من يقول: يجوز أن يكفّر بالمال بإذن السيّد، وإن لم يقل إنه يملك. وهو ظاهر كلام أبي بكر وطائفة من متقدمي الأصحاب، وإليها ميل أبي محمد.

ولهم مدركان:

أحدهما: أنه يملك القدر المكفرّ به ملكًا خاصًّا.

والثاني: أن الكفّارة لا يلزم أن يدخل في ملك المكفرّ أما إن قلنا يملك، أن أذن له سيّده في التكفير بالمال، فلا نزاع أن له أن يكفّر به، ثم هل له ذلك على سبيل الوجوب أو الجواز؟ فيه تردّد للأصحاب، وإنما كان فله التكفير على هذا بالإطعام، وهل له التكفير بالعتق، فيه روايتان.

إحداهما: نعم، اختارها أبو بكر، وما إليها أبو محمد كالإطعام.

والثانية: لا لأنه يقتضي الولاء، والولاء يقتضي، ولاية الإرث، وليس العبد من أهل ذلك، ومن أصحابنا من بناهما على الروايتين في المعتق في الكفّارة، إن قلنا عليه الولاء لم يكن له العتق، وإن قلنا لا ولاء عليه صحّ تكفيره بالعتق، وإذا جوّزنا له التكفير فأذن له سيّده في إعتاق نفسه عن كفّارته جاز ذلك على مقتضى قوله أبي بكر، فإنه حكى فيها إذا أذن له في العتق وأطلق، هل له أن يعتق نفسه، لأن رقبته تدخل في الإطلاق، أو ليس له ذلك، لأن خطابه بالإعتاق قرينة تدل على إرادة غيره.

---

(١) الآية ٤ من سورة المجادلة.

تنبيه: إذا أذن له سيّده في الإعتاق وأطلق وجوّزنا له عتق نفسه، فلا بدّ أن تكون رقبته أقل رقبة تجزئ في الكفّارة، لأن إذا أعتق غيره لابدّ أن يكون كذلك، لأنه وكيل فيجب عليه التصرف بالأحظ.

(قال): وإذا صام فلا يجزئه إلا شهران متتابعان.

(ش): قد تقدم أن كفّارة العيد الصيام، وأذن فحكمه في ذلك حكم الحرّ في أنه يصوم شهرين متتابعين لدخول في الآية الكريمة من غير قيام ما يقتضي التخصيص.

(قال): ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفّارة كان عاصياً.

(ش): لمخالفته أمر ربه سبحانه، وأمر رسول الله ﷺ: قال الله تعالى: ﴿من نقَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[1] وهذا قد مسّ. وقال النبي ﷺ: «لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله» وقد تقدم.

(قال): وعليه الكفّارة المذكورة.

(ش): إذا خالف ووطئ استقرّت عليه الكفّارة المتقدمة، لأن ظاهر وعاد، فيدخل تحت: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ الآية.

وروى النسائي عن عكرمة: «أن رجلاً أتي النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إن ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفّر، فقال: ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. قال: فاعتزلها حتى تفضي ما عليك»[2].

ولهذا أيضًا قال الأصحاب: ليس له الوطء ثانيًا حتى يأتي بالكفّارة

---

(١) الآية ٤ من سورة المجادلة.

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق (١٧).

فظاهر كلام الخرقي أنه لا يلزم أكثر من كفّارة واحدة، وهو كذلك لما تقدم. وفي الترمذي وابن ماجه[1] عن سلمة بن صخر - ﷺ - عن النبي ﷺ في المظاهر يواقع قبل أن يكفرّ قال: «كفّارة واحدة» وهو إن صحّ نصّ.

(قال): وإذا قالت المرأة لزوجها: أنت عليّ كظهر أبي، أو أنت عليّ حرام، لم تكن مظاهرة، ولزمها كفّارة الظهار، لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور.

(ش): أما كون المرأة لا تكون مظاهر بذلك، فهذا هو المعروف والمشهور والمجزوم به عند كثير من الأصحاب، حتى أن القاضي قال في الروايتين رواية واحدة، لتخصيص الله سبحانه الظهار بالرجال، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ الآية. ولأن قول يوجب تحريمًا في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق.

وحكى ابن شهاب وأبو يعلى بن أبي خازم رواية أخرى: أنها تكون مظاهرة، وقالا: اختارها أبو بكر. وزاد ابن أبي خازم والقاضي والشريف، لأن الصحابة - رضي الله عنهم - قضوا في ذلك بكفّارة الظهار، وسببها الظهار، فدّل على أنها تكون مظاهرة، وقياسًا لأحد الزوجين على الآخر، وعلى هذا تجب كفّارة الظهار بلا ريب.

أما على المذهب فعنه وهو المشهور واختيار الخرقي والقاضي وجماعة من أصحابه كالشريف وأبي الخطاب، والشيرازي، وابنة أبي الحسين تلزمه كفّارة ظهار[2].

---

(١) أخرجه الترمذي في صحيحة، أبواب الطلاق، باب ما جاء في كفارة الظهار: ٥/ ١٧٧، وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق: ١/ ٦٦٩ حديث رقم ٢٠٦٤.

(٢) وهذا من مفردات المذهب. ومن قال به ألزم المرأة التمكين قبل التكفير (الإنصاف: ٩/ ٢٠١).

قال أحمد: مثل حديث عائشة بنت طلحة وهو ما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم: «أن عائشة بنت طلحة قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو عليّ كظهر أبي. فسألت أهل المدينة فرأوا أن عليها الكفّارة».

وروى علي بن مسلم عن الشيباني قال: «كنت جالسًا في المسجد أنا وعبد الله بن معقل المزنيّ، فجاء رجل حتى جلس إلينا، فسألته: من أنت؟ فقال: مولى لعائشة بنت طلحة التي أعتقتني عن ظهارهان خطيها مصعب بن الزبير فقالت: هو عليّ كظهر أبي إن تزوجته. ثم رغبت فيه بعد ذلك، فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ - وهم يومئذ كثير - فأمروها أن تعتق رقبة وتتزوجه فأعتقتني وتزوجته» رواهما سعيد مختصرين.

وعنه، وهو اختيار أبي محمد: عليها كفّارة يمين لأن ليس بظهار فلا يوجب كفّارته كسائر المنكر من القول، وتجب كفّارة يمين لأن تحريم مباح، أشبه تحريم سائر الحلال.

وعنه: لا شيء عليها لان ليس بظهار فتجب فيه كفّارته، ولا يمين فتجب كفّارتها.

وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فإنها تجب بالحنث وهو الوطء إن قلنا تجب كفّارة ظهار فلها تكون مظاهرة، صرح بذلك القاضي وغيره بشرط أن لا تكون مكرهة.

وإن قلنا تكون مظاهرة، فقيل بالعزم على التمكين، حكاه ابن أبي حازم فيما أظن.

قال ابن عقيل: رأيت بخط أبي بكر: العود التمكين.

تنبيه: عليها التمكين قبل التكفير، قال الشيخان لأن ذلك حق عليها فلا يسقط بيمينها.

قال أبو محمد: وحكى عن أبي بكر أنا لا تمكنه قبل التكفير كالرجل.

قال: وليس بجيّد، لأن ظهار الرجل صحيح، وظهارها غير صحيح.

قلت: قول أبي بكر جار على قوله من أنها تكون مظاهرة. وقال أبو البركات: إنها ليس لها ابتداء القبلة والاستمتاع مع قوله إنها تمكنه، وأنها غير مظاهرة. وذلك لأنه الذي في يدها، وهي قد منعت نفسها منه.

(قال): وإذا ظاهر من نسائه مرارًا فلم يكفّر، فكفّارة واحدة.

(ش): هذا هو المشهور من الروايتين والمختار لأصحاب القاضي والشريف وأبي الخطاب والشيرازي وابن البنا وغيرهم لأنه لفظ تتعلق به كفّارة، فإذا كرّره كفاه كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، ولأن الكفّارات زواجر بمنزلة الحدود، فإذا وجدت قبل التكفير تداخلت كالحدود.

وعنه تجب كفّارات ما لم ينو التأكيد أو الإفهام، لأن الظهار مع العود قد وجدا فتجب الكفّارة كما بأول مرة. وأبو محمد في الكافي يحكي هذه الرواية إن نوى الاستئناف تكررت، وإلا لم تتكرر. وهو ظاهر كلام القاضي في روايتيه، وليس بجّيد، فإن مأخذ هذه الرواية في الرجل يحلف على شيء واحد أيمانًا كثيرة، فإن أراد تأكيد اليمين فكفّارة واحدة.

وحكى أبو محمد في المقنع الرواية إن كرره في مجالس فكفارات، ولا أظنه إلا وهمًا والله أعلم.

﴿ [كتاب](1) اللعان ﴾

(ش): اللعان مصدر لا عن لعانًا، إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر.

قال أبو محمد: مشتق من اللعن، لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إذا كان كاذبًا.

وقال القاضي: لان الزوجين لا ينفكّان من أن يكون أحدهما كاذبًا فتحصل اللعنة عليه، انتهى. قال الأزهري: وأصل اللعن الطرد والإبعاد، يقال لعنه الله أي باعده.

والأصل في اللعان قول الله ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾(2) وعن الزهري عن سهل بن سعد الساعدي: «أن عويمر بن أشعر العجلاني جاء إلى عاصم بن عديّ فقال له: يا عاصم، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله؟ فيقتلونه، أم كيف يفعل؟ سل يا عاصم رسول الله ﷺ فسال عاصم رسول الله ﷺ، فكره رسول الله ﷺ المسائل، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ. فلمّا رجع عاصم على أهله جاءه عويمر فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ فقال عاصم: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها. فقال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها. فأقبل عويمر حتى أتي رسول الله ﷺ وهو وسط الناس، فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فيقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل فيك وفي صاحبتك قرآنًا، فاذهب فات بها قال سهل: فتلاعنا وأنا مع

---

(1) ورد في بعض نسخ المخطوط: «باب».

(2) الآيات ٦-٩ من سورة النور.

الناس عند رسول الله ﷺ. فلمّا فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. فطلّقها عويمر ثلاثًا قبل أن يأمره النبي ﷺ»[1] قال ابن شهاب: فكانت تلك سنّة المتلاعنين. رواهما الشيخان وابو داود، وهذا لفظه.

(قال): وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة فقال لها: زنيت، أو يا زانية، أو رايتك تزنين. ولم يأت بالبيّنة لزمه الحد إن لم يلتعن مسلمًا كان أو كافرًا، حرًا كان أو عبدًا.

(ش): الكلام على هذه المسألة أولاً من جهة الإجمال، وثانيًا من جهة التفصيل.

فأما من جهة الإجمال: إذا قذف الرجل زوجته التي هذه صفتها بما ذكر، ولم يأت بالبيّنة لزمه الحد فإن التعن سقط عنه الحد لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾[2] الآية. أوجب سبحانه الحد على رامي المحصنات إن لم يأتي بالبيّنة، وهو شامل للأزواج وغيرهم، ثم خص الأزواج بعد ذلك باللعان تنبيهًا على أن اللعان قائم مقام البيّنة في إسقاط الحد، ويشهد لهذا ما في السنن عن عكرمة، عن ابن عباس - رضي الله عنهما-: «أن هلال ابن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء. فقال النبي ﷺ: البيّنة، وإلا حدٍ في ظهرك. فقال: يا رسول الله ﷺ يقول: البيّنة وإلا حدٍ في ظهرك» مختصر. رواه البخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه[3].

---

(١) أخرجه البخاري في تفسير (سورة ٢٤: ٣)؛ وأبو داود في الطلاق (٢٧)؛ والترمذي في تفسير (سورة ٢٤: ٣)؛ وابن ماجه في الطلاق (٢٧).

(٢) الآية ٤ من سورة النور.

(٣) الحديث في صحيح البخاري، أنظر: فتح الباري، كتاب الطلاق، باب يبدأ الرجل بالتلاعن: ٩/ ٣٦٧، ٣٦٨ وهو في سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في اللعان: ١/ ٥٢٢، ٥٢٣ وفي سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب اللعان، حديث رقم ٢٠٦٧، ١/ ٦٦٨.

وأما من جهة التفصيل: فقول الخرقي إذا قذف الرجل زوجته إلى آخره. يقتضي أن اللعان إنما يشرع بين الزوجين، وهو اتفاق في الجملة.

أما قذف غير الزوجين فالواجب فيه إما الحد إن كانت المرأة محصنة، أو التعزير إن لم تكن محصنة لما تقدم من قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ إلى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ دل على أن كل رام يلزمه الحد، وأن الزوج له مع البيّنة شيء آخر وهو اللعان، ولذلك لا لعان بقذف الأمة وإن كان بينهما ولد، لأن اللعان إنما اللعان إنما ورد في الزوجات ويدخل في الزوجة الرجعية، لأنها زوجة، وكذلك من قذفها ثم أبانها، لأن القذف ورد على زوجته. وكذلك إذا قال لها: أنت طالق، يا زانية، ثلاثا لأن قذفها حصل قبل بينونتها.

ويستثنى من الأجنبية إذا قذفها في نكاح فاسد، أو أبانها ثم قذفها بزنا في النكاح أو في العدة، أو قال لها: أنت طالق ثلاثًا يا زانية، فإن في هذه الصورة إن كان بينهما ولد لاعن لنفيه للحاجة إلى ذلك، وإن لم تكن زوجة لإضافة ذلك إلى الزوجية، وإلا حدِ ولم يلاعن.

وستثنى من الزوجة إذا قذف زوجته بزنا قبل النكاح فإنه يحد ولا يلاعن على المذهب مطلقًا، لإضافة القذف إلى حالة البينونة.

وعنه: يلاعن مطلقًا نظرًا على أنها زوجته فيدخل في الآية الكريمة.

وعنه: إن كان ثم ولد لاعن لحاجته إلى نفيه، وإلا لم يلاعن. انتهى.

وقوله: البالغة الحرة المسلمة، إلى آخره، بيان لصفة الزوجين اللذين يصح لعانهما. وقد اختلف الرواية عن أحمد - رحمه الله - في ذلك.

فروى عنه أن من شرطهما أن يكونا مكلفين وإن كان ذميين أو رقيقين أو فاسقين أو كان أحدهما كذلك، لعموم: ﴿الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ وهذا شامل

لكل زوج وزوجة، وخرج منه غير المكلفين، لأن هذا لا يخلو من حد أو تعزير وذلك لا يتعلق إلا بمكلف. وبنى القاضي وغيره ذلك على أن اللعان يمين واليمين لا يشترط لها إسلام ولا حرية ولا عدالة. ودليل ذلك افتقار اللعان إلى اسم الله تعالى. وقول النبي ﷺ في امرأة هلال: «لولا الإيمان لكان لي ولها شأن» وهذه الرواية هي اختيار القاضي في تعليقه، وجماعة من أصحابه كالشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن البنا، واختيار أبي محمد أيضًا وغيره.

وعنه يشترط مع التكليف الإسلام والحرية والعدالة فلا لعان، إلا من مسلمين حرين عدلين، وعلّله أحمد بأنه شهادة، وذلك لوجود لفظ الشهادة فيه، ولأن الله سبحانه قال: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ فجعلهم شهداء.

وعنه رواية ثالثة: لا يصحّ اللعان إلا من المحصنة وزوجها المكلف ولا لعان في قذف يوجب التعزير، لأن الله تعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ ثم قال ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآية. وظاهره المحصنات.

وعنه لا لعان بقذف غير المحصنة إلا لولد يريد نفيه، وهذا اختيار القاضي في المجرد نظرًا لحاجة لنفي الولد.

وظاهر كلام الخرقي الثالثة، لأنه اعتبر في الزوجة البلوغ والحرية والإسلام، ولم يعتبر ذلك في الزوج، والقاضي والشريف أبو الخطاب قالوا إن اختياره الثانية.

وأعلم أن في الخرقي تساهلاً، لأنه قال: لزمه الحد إن لم يلتعن مسلمًا كان أو كافرًا، والحد إنما يجب بقذف المسلمة، والكافر لا يكون زوجًا لمسلمة. وقد يحمل على ما إذا أسلمت فقذفها في عدتها، فإن هنا يلزمه الحد وإن كان كافرًا، وله أن يلتعن لإسقاط إن كان بينهما ولدًا كما تقدم. انتهى.

وقوله: فقال لها: زنيت، أو يا زانية، أو رأيتك تزنين، بيان للألفاظ التي يصير بها قاذفًا، ويترتب عليها اللعان، ولا يشترط أن يضيف ذلك على الرؤية، لعموم: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ولا أن يقذفها بزنا في القبل، بل لا فرق بين القبل والدبر، ولو قذفها بغير الزنا، أو بزنا لكن في غير الفرج فلا حد ولا لعان، ولو لم يقذفها بالزنا أصلاً، بأن قال: لم تزني، ولكن ليس هذا الولد مني، ونحو ذلك، فيأتي إن شاء الله.

وقوله: ولم يأت بالبيّنة لزمه الحد وإن لم يلتعن، فقدّم الكلام عليه أولاً، وظاهر كلامه: إذا قدر على البيّنة له أن يلتعن، وهو كذلك، لأنهما بيّنتان، فكان له الخيرة في أيّهما شاء.

(قال): ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته.

(ش): يعنى لا يعرض له في طلب حد ولا لعان حتى تطالبه زوجته، لأن ذلك حق لها فلا يقال إلا بطلبها كبقيّة حقوقها، ولا يملك وليّها المطالبة وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو أمة، لأن حق ملحوظ فيه التشفي، فليس لغير من هو له طلبه كالقصاص، فإن أراد الزوج اللعان من غير طلبها ولا ولد لم يكن له ذلك بلا نزاع عندنا، وكذلك مع وجود الولد على أكثر نصوص الإمام أحمد، لأنه أحد موجي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد. واختار القاضي: أن له اللعان وحده لأجل نفي الولد ولم يرمها بالزنا بأن قال: لم تزن، والولد ليس ولدي، ونحو ذلك سيأتي. وهكذا الخلاف في كل موضع تعذّر فيه اللعان من جهتها، كما إذا أعفته عن المطالبة أو صدقته، أو أقام بيّنة بزناها، أو قذفها هي محصنة فجنّت، أو هي مجنونة بزنا قبل الجنون أو هي خرساء، أو ناطقة ثم خرست، ولم تفهم إشارتهم.

(قال): فمتي تلاعنا وفرّق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبدًا.

(ش): إذا تلاعنا وفرّق الحكام بينهما حرّمت الملاعنة على الملاعن على التأبيد

فلا يجتمعان أبدًا على المذهب بلا ريب، لما روى عن ابن عمر -ﷺ- قال: «قال رسول الله -صلي الله عليه وسلم- لمتلاعنين حابكما على الله» أحدكما كاذب، لا سبيل لكل عليها. قال: يا رسول الله مالي. قال: لا مال لك، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها»[1] متفق عليه. وعن سهل بن سعد في قصة المتلاعنين: «ففرّق رسول الله ﷺ بينهما. وقال: لا يجتمعان أبدًا» وعن ابن عباس – رضي الله عنهما –: «أن النبي ﷺ قال: المتلاعنان، إذا تفرّقا لا يجتمعان أبدًا». وعن علي وابن مسعود – رضي الله عنهم – قال: «مضت السنّة أن لا يجتمع المتلاعنان» رواهن الدارقطني[2].

وشذّ حنبل عن أصحابه، فنقل عن أحمد أنه إذا أكذب نفسه حلّت له نظرًا إلى أن اللعان الذي وجد كأن لم يكن بالتكذيب، وقد اختلف نقل الأصحاب. في هذه الرواية. فقال القاضي في الروايتين: نقل حنبل: إن أكذب نفسه زال تحريم الفراش وعادت مباحة كما كانت بالعقد الأول وقال في الجامع والتعليق: إن أكذب نفسه جلد الحد، وردّت إليه.

وظاهر هذا أنه من غير تجديد عقد، وهو ظاهر كلام أبي محمد، قال في الكافي والمغني: نقل حنبل: إن أكذب نفسه عاد فراشه كما كان. زاد في المغني وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرّق الحاكم فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله.

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق (٣٣، ٥٣)؛ ومسلم في اللعان (٥)؛ وأبو داود في النكاح (٣٧) وفي الطلاق (٢٧)؛ والترمذي في النكاح (١٥)؛ والنسائي في الطلاق (٤٤)؛ والدارمي في النكاح (١١)؛ والإمام مالك في النكاح (٣٧)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١١ وفي ٤/ ٣٣٢ وفي ٦/ ١٢٢.

(٢) هذان الحديثان رواهما الدارقطني في سننه: ٣/ ٢٧٦، ٢٧٧.

وفيما قاله نظر، فإنه إذا لم يفرق الحاكم، فإن قيل الفرقة حصلت باللعان فهو كتفريق الحاكم، وإن قيل: لا تحصل إلا بتفريق الحاكم فلا تحريم، حتى يقال: حلّت له. والذي يقال في توجيه ظاهر النقل أن الفرقة إنما استندت للعان، وإذا أكذب نفسه كان اللعان لم يوجد، وإذن يزول ما ترتّب عليه وهو الفرقة وما نشأ عنها وهو التحريم.

وأعرض أبو البركات عن هذا كله. فقال إن الفرقة تقع فسخًا متأبد التحريم. وعنه إن أكذب نفسه حلّت له بنكاح جديد، أو ملك يمين إن كانت أمة. وقد سبقه إلى ذلك الشيرازي، فحكى الرواية أنها تباح بعقد جديد. انتهى. فعلى المذهب متى وقع اللعان بعد البينونة، أو في نكاح فاسد، فهل يفيد الحرمة المؤبدة لأنه لعان صحيح؟ أولا يفيدها لأن الفرقة لم تحصل به؟ على وجهين.

ومقتضى كلام الخرقي أن الفرقة بينهما لا تحصل إلا بتفريق الحاكم، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار القاضي والشريف وأبي الخطاب في خلافاتهم وابن البنا وأبي محمد وأبي بكر فيما حكاه القاضي في التعليق، لما روى نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما -: «أن رجلاً لا عن امرأته في زمن رسول الله ﷺ، وانتفى من ولدها، ففرّق رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بالمرأة»(١) رواه الجماعة.

وعن سعيد بن جبير قال: «قلت لابن عمر - رضي الله عنهما-: رجل قذف امرأته. قال: فرّق رسول الله ﷺ بين أخوي بين عجلان. وقال: الله يعلم

---

(١) أخرجه البخاري في الفرائض (١٧)؛ ومسلم في اللعان (٨)؛ وأبو داود في الطلاق (٢٧)، و الترمذي في الطلاق (٢٢)؛ وابن ماجه في الطلاق (٢٧)؛ والإمام مالك في الطلاق (٣٥)؛ والإمام أحمد في ١/ ٥٧ وفي ٢/ ٧، ١٤، ١٢٦.

أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟ يرددها ثلاث مرات، فأبيا، ففرّق بينهما»[1] متفق عليه.

ولو حصلت الفرقة بمجرّد اللعان لما احتيج إلى فرق، وقد تقدم في حديث سهل بن سعد: «أن عويمرًا قال: كذبت عليها يا رسول الله أن أمسكتها. فطلّقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ»[2].

وقال الزهري: فكانت تلك سنّة المتلاعنين. وفي رواية في الصحيح: إذا كم التفريق بين كل متلاعنين» وفي لفظ لأحمد ومسلم: «فكان فراقه إياها سنّة المتلاعنين».

وظاهره يقتضي أن طلاقه وقع، ولو وقعت الفرقة لما وقع. وقوله: فكانت تلك سنّة المتلاعنين. يعني التفريق بينهما. وأحمد - رحمة الله - استدل بحديث سهل على أن الفرقة تقع بمجرد اللعان، فقال في رواية أبي القاسم، وقد سئل متى تنقضي الفرقة بينهما. فقال: أما في حديث سهل فقال: «كذبت عليها أن أمسكتها هي طالق» وأما حديث ابن عمر فإنه يقول: «فرّق رسول الله ﷺ بينهما». وابن عمر أعرف بالحديث، لأن سهلاً كان له خمس عشرة سنة، وابن عمر كان رجلاً. ووجه الدليل من هذا أن قوله: فكانت تلك سنّة المتلاعنين،

(١) أخرجه البخاري في التفسير (سورة ٢٤: ٣) وفي الطلاق (٢٨، ٣٢، ٣٣، ٥٢)؛ وابن ماجه في الطلاق (٢٧)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٣، ٣٧.

(٢) أخرجه البخاري في الطلاق (٤) وفي الحدود (٤٣) وفي الاعتصام (٥)؛ ومسلم في اللعان (١)؛ وأبو داود في الطلاق (٢٧)؛ والنسائي في الطلاق (٧، ٣٥)؛ والدارمي في النكاح (٣٩)؛ والإمام أحمد في الطلاق (٣٤)؛ والإمام أحمد في ٥/ ٣٣١، ٣٣٧.

أي الحكم بالفرقة باللعان ثم يرشح هذا القول أن اللعان معنى يقتضى التحريم المؤيد، فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع.

وهذه الرواية عزاها أبو محمد إلى اختيار أبي بكر. وظواهر الحديث تدل على الأولى، وهي المذهب، وعليها لا يحتاج الحاكم إلى استئذانها، ولو لم يفرق كان النكاح بحالة – قال أبو محمد ، وعلى كليهما لا يحصل التفريق قبل تمام اللعان بينهما، لأن النصوص إنما وردت بالتفريق بعد لعانها.

تنبيه: فرقة اللعان فسخ لا طلاق، نص عليه.

(قال): وإن أكذب نفسه فلها عليه الحد.

(ش): إذا أكذب نفسه لزمه ما عليه من وجوب الحد ولحوق النسب، ولم يثبت ما عليه من عود حلّها له على المذهب كما تقدم لأن بإكذاب نفسه تبين أن لعنة كذب، وإذن يجب الحد.

وقد روى الدارقطني بإسناده، عن قبيصة قال قضي عمر -ﷺ- في رجل أنكر ولد امرأته وهو في بطنها ثم اعترف وهو في بطنها حتى إذا ولد أنكره فأمر به عمر -ﷺ- فجلد ثمانين جلدة لفريته عليها، ثم ألحق به ولدها.

وإنما لم يثبت الحل حذارًا من أن يثبت بمجرد قوله حل، ولما كان من مذهب الخرقي أن اللعان لا يشرّع إلا في قذف المحصنة اقتصر على الحد. أما على قوله غيره من أنه يشرع وإن لم تكن محصنة. فيقول: أو التعزير إن لم تكن محصنة.

(قال): وإن قذفها وانتفى من ولدها، وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم انتفى عنه إذا ذكره في اللعان.

(ش) : إذا ولدت المرأة ولدًا لحق زوجها لقول النبي ﷺ: «الولد للفراش» ولا ينتفى عنه إلا باللعان على الصفة التي ذكرها الخرقي كما سيأت بيانه. وذلك لما تقدم في حديث ابن عمر الصحيح: «أن رجلاً لاعن امرأته وانتفى من ولدها ففرّق رسول الله ﷺ بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد»(١) رواه أحمد وأبو داود.

واختلف بماذا ينتفى؛، فعنه بتمام لعانهما، وعنه ينفي الحاكم مع ذلك وهذا الخلاف كالخلاف في الفرقة بماذا تحصل. وعنه ثالثة تقف الفرقه على حكم الحاكم، فإذا فرّق انتفى الولد، لأن قول ابن عمر –رضي الله عنهما-: «ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالأم». ظاهره أن نفي الولد مرتب على التفريق.

وخرّج أبو البركات قولاً آخر: إن الولد ينتفى بلعان الزوج وحده، وكأنه خرّجه من القول إن تعذر اللعان من جهة المرأة يلاعن الزوج وحده لنفي الولد.

وقوله الخرقي: «وإن قذفها وانتفى من ولدها» لأن عنده كما سيأتي أن من شرط اللعان القذف.

وقوله: «وتم اللعان بينهما» يحترز عن مذهب الغير أن الولد ينتفي بمجرد لعان الزوج كالتخريج المتقدم.

وقوله: «وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم» الظاهرة أن الباء فيه للمعيّة، أي مع تفريق الحاكم لا للسببية إذ تفريق الحاكم ليس سببًا لتمام اللعان بل تمامه بألفاظه المشترطة كما سيأتي. وقوله: «انتفى عنه إذا ذكره في اللعان» يعنى أنه يشترط لنفي الولد أن يذكره في اللعان، فلو لم يذكره لم ينتف. وهذا مختار

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٧)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٣٩، ٢٤٥، ٣٣٦، ٣٥٧، ٣٦٥.

القاضي وأبي محمد وغيرهما لما تقدم من حديث ابن عمر: «أن رجلاً لا عن امرأته وانتفى من ولدها». ولأن غاية اللعان إن ثبت زناها، وذلك لا يوجب نفي الولد كما لو أقرّت به، وعلى هذا يشترط أن يذكره في الألفاظ الخمسة.

وحكى أبو محمد تبعًا للقاضي في روايتيه عن أبي بكر في الخلاف، وأنه لا يشترط ذكره لحديث ابن عباس – رضي الله عنهما – المتقدم في لعان هلال وامرأته «وقضى رسول الله ﷺ أن لا يدعى ولدها لأب» وليس في القصة أنه ذكر الولد في اللعان. ولم يعرّج أبو البركات على هذا الخلاف، بل جزم أنه لا بد أن يتناوله اللعان إما صريحًا بأن يقول في لعانة: وما هذا الولد ولدى. وأما ضمنا بأن يقول: من قذفها بزنا في طهر لم يصبها فيه. وإن اعتزلها حتى ولدت: أشهد بالله إني لصادق فيما ادّعيت به ونحو ذلك.

وأعلم أنه يشترط لنفي الولد باللعان أن لا يتقدمه إقرار به، أو ما يدل عليه.

(قال): فإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقة الولد.

(ش) قد تقدم إذا أكذب نفسه ثبت عليه من الحد ولحوق الولد، لأن نفقته تجب عليه، وكلام الخرقي يشمل و إن كان الولد ميتًا وله مال، وهو كذلك.

(قال): وإن نفى الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن.

(ش): منصوص أحمد في رواية الجماعة، أنه لا يصح نفي الحمل وقال: ربما لم يكن شيئًا لعله يكون ريحًا. وعلى هذا عامة الأصحاب متعمدين بأنه يكون ريحًا وقد يكون غيره، فيصير نفيه مشروطاً لوجود، ولأن الأحكام التي

ينفرد بها الحمل تقف على ولادته بدليل الميراث والوصية وغير ذلك، وهذا حكم ينفرد به الحمل، فدخل في القاعدة، وفارق وجوب النفقة على الحامل، وكونها لا توطأ حتى تضع وغير ذلك، لأن هذه أحكام تتعلق بحيوان حامل لا ينفرد بالحمل، فعلى هذا لا بد أن ينفيه عند وضعها له ويلاعن.

ونقل عنه ابن منصور ما يدل على أنه يصحّ نفيه، وهو اختيار أبي محمد، لأن في حديث سهل، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولعان هلال وامرأته كان قبل الوضع، كما جاء في غير حديث. وجاء مصرحًا في حديث سهل وكانت حاملاً.

وعن ابن عباس – رضي الله عنهما-: «أن رسول الله ﷺ لاعن على الحمل» رواه أحمد.

وينبني على هذا الخلاف في استلحاقه، فعلى الأول لا يصحّ، وقد نص عليه أحمد في رواية ابن القاسم ، وعلى الثاني يصحّ[1].

(قال): ولو جاءت امرأته بولد فقال: لم تزني ، ولكن ليس هذا الولد منيّ، فهو ولده في الحكم ولا حدّ عليه لها.

(ش): أما كون الولد والحال ما تقدم ولده فلأنه ولد على فراشه. وقد قال ﷺ: «الولد للفراش» وأما كونه لا حدّ عليه فلأن شرط وجوب الحد القذف، ولم يوجد. وظاهر كلام الخرقي: أنه ليس له اللعان لنفي الولد. وهذا اختيار القاضي في الكتاب والسنّة ورد بعد القذف ولا قذف هنا، فينتفي

---

(١) وأعلم أن الولد ينتفي بتمام تلاعنهما على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب. وقال في المحرر: وإن قذفها وانتفي من ولدها لم ينتف حتى يتناوله اللعان.أما صريحاً كقوله: أشهدت بالله لقد زنت وما هذا الولد ولدي. وتقول هي بالعكس. وأما ضمنًا بأن يقول من قذفها بزنا في طهر لم يصبها فيه وادي أنه اعتزلها حتى ولدت: أشهد بالله: أني صادق فيما أدعيت عليها: وفيما رميتها به من الزنا. (الإنصاف: ٩/ ٢٥٤).

اللعان، إذ الأصل الانتفاء مطلقًا إلا فيما ورد به الشرع.

والرواية الثانية، وهي اختار أبي بكر، وابن حامد والقاضي في تعليقه وفي روايتيه، والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما والشيرازي وأبي البركات له ذلك، لأن مشروعية اللعان لشيئين: نفي الحد والولد. ولا يلزم من عدم أحدهما عدم الآخر، ولو سلم أن أصل مشروعيته لنفي الحد فليشرّع لأجل الولد من باب الأولى، إذا ضر الولد يتأكد، ويلزم منه مفاسد عظيمة لا يوجد بعضها في الحد فكيف بمجموعها.

تنبيهان: أحدهما: ذكر أبو البركات من صور الروايتين إذا قال صورة الخرقي، ولم يقل ولم تزن ولم يجعله قاذفًا، أو قال: وطئت بشبهه أو مقهورة بنوم إو إعماء أو جنون أو إكراه. وحكى اختيار الخرقي في الجميع، وأبو محمد في المغني قطع فيما إذا قال: وطئت بشبهة، أنه لا لعان. وحكى الخلاف فيما إذا قال: أكرهت على الزنا. وهذا ظاهر كلام القاضي لأن استدل لاختيار الخرقي با، من رمي أحد الوطئين لم يكن له أن يلاعن، كما لو قذف الزوجة دون الواطئ. فقال: وطئك فلان بشبه وكنت عالمة أنه أجنبي وأجاب عن ذلك في التعليق بأنه إنما لم يكن له اللعان لجواز نفي الولد عنه بعرضة على القافة.

وأبو محمد يقول في هذه الصورة التي جعلها القاضي محل وفاق له اللعان، وينصب الخلاف مع القاضي.

وضابط الباب أن متى قذف بالزنا بأن تضمن قذفه رميها ورمي واطئها شرع اللعان بلا ريب، وعكسه أن لم يقذفها، ولا قذف واطئها فهنا لا لعان عند أبي محمد في المغني، والقاضي، ولا خلاف، وعند أبي محمد في المقنع وأبي البركات فيه الروايتان.

والصحيح عند أبي البركات مشروعية اللعان. وهذا الذي اقتضى لأبي البركات أن أكرهت على الزنا، ونحو ذلك، فهنا يجري الخلاف بلا ريب.

والمصحّح عن القاضي، ومن تقدم مشروعية اللعان خلافاً اللخرقي وأبي محمد ، وإن قذفها دون الواطئ، كما إذا قال: وطئك فلا بشبهة وكنت عالمة. فعند القاضي هنا لا خلاف أنه لا يلاعن ومختار أبي محمد أنه يلاعن، وكلام أبي البركات محتمل لجريان الخلاف وأن الصحيح عند مشروعية اللعان.

ومناط المسألة عند القاضي أن لا يكون له طريق إلى نفي الولد إلا باللعان. والمناط عند أبي محمد والخرقي أن يقذف زوجته بالزنا.

والمناط عند أبي البركات أنه يحتاج إلى نفي الولد، وإن أمكن نفيه بالعرض على القافة ونحو ذلك، لأن القافة قد تتعذّر، وقد يشتبه الأمر عليها، ونحو ذلك

التنبيه الثاني: حيس شرّع اللعان في هذه الصورة فإن الولد ينتفي بمجرد لعان الزوج وحده. ذكره أبو البركات.

(قال): واللعان الذي يبرأ به من الحد، أن يقوم الزوج بمحضر من الحاكم: أشهد بالله لقد زنت، يشير إليها، وإن لم تكن حاضرة سمّاها ونسبها، حتى يكمل ذلك أربع مرات، ثم يوقف عند الخامسة، ويقال له: إتق الله فإنها الموجبة، وعذاب الدنيا أهون من عذب الآخرة، فإن أبى إلا أن يتمّ فليقل: ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا. وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب، أربع مرات.ثم توقف رماها به من الزنا. وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب، أربع مرات.ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما يخوف الرجل فإن ابت إلا أنت تتمّ فلتقل: وإن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا. ثم يقول الحاكم: قد فرّقت بينكما.

(ش): هذا بيان لصفة اللعان، والأصل فيه في الجملة الآية الكريمة، وقد تقدمت. وعن سعيد بن جبير، أنه قال لعبد الله بن عمر – رضي الله عنهما –:

«يا أبا عبد الرحمن، المتلاعنان أتفرّق بينهما؟ قال: سبحان الله نعم، أوّل من سأل عن ذلك فلان بن فلان، قال: يا رسول الله، أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف صنع؟ إن تكلم، تكلم بأمر عظيم. وإن سكت، سكت على مثل ذلك. قال: فسكت النبي ﷺ فلم يجبه، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال: إن الذي سألتك عنه ابتليت به. فأنزل الله هؤلاء الآيات في سورة النور: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ فتلاهن عليه ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. فقال: لا، والذي بعثك بالحق ما كذبت عليها، ثم دعا بالمرأة فوعظها، أخبرها أن عذاب الدنيا أهون ومن عذاب الآخرة. قالت: لا، والذي بعثك بالحق إنه لكاذب. فبدأ بالرجل فشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين. والخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ثم ثّنى بالمرأة، فشهدت أربع شهادات بالله أنه لم الكاذبين. والخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ثم فرّق بينهما» متفق عليه.

وظاهر كلام الخرقي أن جميع ما ذكر تتوقف صحة اللعان عليه فيكون شرطًا فيه، ونحن نتكلم عليه مفصلا!، فإما كون ذلك بمحضر الحاكم فلا بد منه، لأن في قصة هلال: «أن النبي ﷺ قال: أرسلوا إليها، فتلا عليهما رسول الله ﷺ، وذكّرهما، وأخبرهما أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فقال هلال: والله لقد صدقت عليها. فقالت: كذب. فقال رسول الله ﷺ: لا عنوا بينهما»[1]. وظاهر أنه كان بحضوره، وكذلك بقيه الأحاديث تدل على ذلك، نعم لو كانت المرأة خفرة بعث الحاكم من يلاعن بينهما إذ هو نائب عنه، ونائبة قائم مقامه.

وأما كون الزوج يقول: أشهد بالله أربع مرات، فللآية الكريمة، والحديث، أما كونه يقول: لقد زنت. فلأن الذي يشهد به هو زناها. وأما كونه يشير إليها فلتتميز عن غيرها. وهذا إذا كانت حاضرة فإن كانت غائبة أسماها ونسبها، حتى تنتفي المشاركة بينهما وبين غيرها، وهذا كله شرط.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٧)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٣٨.

وقيل لأحمد: كيف يلاعن؟ قال: على ما في كتاب الله، يقول أربع مرات: أشهد بالله أني فيما رميتها به من الزنا لمن الصادقين. وهو ظاهر النصوص.

والخرقي - رحمه الله- استغنى عن ذلك بقوله: لقد زنت، لأن معناهما واحد

قال أبو محمد: واتباع لفظ النص أولى وأحسن. وأما كون الزوج يوقف بعد الرابعة. ويقال له ما ذكر فلان في حديث لهلال: «لما قال النبي ﷺ لاعنوا بينهما. فقيل لهلا: «أشهد. فشهد أربع شهادات بالله أن لمن الصادقين. فلمّا كانت الخامسة قيل: يا هلال إتق الله، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب العذاب. فقال: والله لا يعذبني الله عليها كما لا يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ثم قيل لها: إشهدى. فشهدت بالله أربع شهادات أنه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها إتق الله، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب. فتلكّأت ساعة، ثم قالت: والله لا أفضح قومي. فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين» الحديث رواه أبو داود، وأحمد وهو ظاهر النصوص والخرقي استغنى عن ذلك بقوله: «لقد زنت» لأن معناهما واحد. قال أبو محمد واتباع لفظ الثقة أولى وأحسن.

وهذا الإيقاف الموعظة مستحبّان عند الأصحاب، لأنهما ليسا في حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – الصحيح، وإنما في الموعظة أولاً.

وأما كونه أن لم يرجع وأبي إلا أن يتم فليقل: «ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا» للآية الكريمة والحديثين، وهذا أيضًا شرط، إلا أنه لو أبدل لفظ اللعنة بالإبعاد، أو بالغصب، ففي الإجزاء ثلاثة أوجه، ثالثها الاجتزاء بالعضب لا بالإبعاد، وفي إبدال لفظه أشهدت بأقسم أو أحلف وجهان، وأصحّهما لا يجزئ.

وقال الوزير ابن هبيرة: من أصحابنا من اشترط من الفقهاء أنه يزاد بعد قوله من الصادقين، فيما رميتها به من الزنا، اشترط في نفيها عن نفسها: فيما رماني به من الزنا، ولا أراه يحتاج إلى ذلك، لان الله تعالى أنزل ذلك وبيّنه ولم يذكر هذا الاشتراط.

وأما كون المرأة تقول بعد ذلك: أشهد بالله أن لمن الكاذبين، أو لقد كذب، على ما قال الخرقي على آخره، فلما تقدم، وهو كله أيضًا شرط إلا الموعظة والإيقاف، كما في الرجل.

وإذا أبدلت الغضب باللعنة لم يجز لان الغضب أبلغ، وإن أبدلت بالخسط فوجها. وقد تمضن كلام الخرقي أن لعان الزوج مقدم، وهو كذلك، فلو ابتدأت المرأة لم يعتّد بذلك. وكذلك الترتيب في الألفاظ شرط.

وأعلم أن من شرط اللعان أيضًا الإلقاء من الحاكم أو نائبه، فلو ابتدأ الرجل من غير القاء لم يعتدّ به، كما لو حلف من غير أن يأذن له الحاكم، أو شهد من غير سؤال.

(قال): فإن كان بينهما في اللعان ولد ذكر الولد، فإذا قال: أشهد بالله لقد زنت. يقول: وما هذا الولد ولدي. وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب، وهذه الولد ولده.

(ش): قد تقدم أنه يشترط لنفي الولد ذكره في اللعان، وأنه لا ينتفي إلا بذلك على مختار الخرق.

ثم إن الخرقي اكتفي بأن يقول: وما هذا الولد ولدي. وتبعه على ذلك أبو محمّد.

وقال القاضي: يشترط أن يقول: هذا الولد من زنا، وليس هو منّي، يعني خلقًا وخلقًا.

(قال): فإن التعن هو ولم تلتعن هي، فلا حد عليها، والزوجة بحالها.

(ش): أما انتفاء الحد عنها فلا نعلم فيه خلافًا في مذهبنا، لأن الحد يدرأ بالشبهة، ونكولها شبهة، لأن يحتمل أن يكون لشدّة حيائها، أو لعقلة على لسانها، أو غير ذلك، وهذا شبهة فدرأت الحد. ويرشح هذا قول عمر - رضي الله عنه -: «إن الحد على من زنا وقد أحصن إذا كانت بيّنة أو كان الحمل أو الاعتراف»[1] وظاهره أنه لا حدّ بغير ذلك. وقول الله سبحانه: ﴿ ويدرأ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ﴾ يحتمل أن يراد بالعذاب الحد، ويحتمل أن يراد الحبس، ويحتمل أن يراد غيره، فلا يثبت الحد بالاحتمال.

وأما كون الزوجية نجالها، فلأن الفرق إنما تحصل بالتعانهما، ولم يوجد ذلك- وظاهر كلام الخرقي أنه يخلى سبيلها وهو إحدى الروايتين واختيار أبي بكر، لأن هذا اللعان لم يوجب حدًا فلم يوجب حبسًا، كما لو لم تكمل البيّنة.

والثانية وهي اختيار القاضي، وأبي علي بن البنا، والشيرازي وغيرهم، أنها تحبس حتى تقرّ أو تلاعن، نظرًا لقوله تعالى: ﴿ويدرأ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ﴾ لم يندرئ العذاب عنها، وإنما قلنا العذاب: الحبس، لآية النساء، وهو قوله تعالى: ﴿اللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ الآية إلى: ﴿فَإِن شَهِدُواْ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىَ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾[2] وإنما لم يقل إنه الحد حذارًا من ارتكاب الأثقال بالاحتمال. ومقتضى كلام الخرقي أن الولد لاحق له، وهو كذلك.

(قال): وكذلك إن أقرّت دون الأربع مرات.

---

(١) أخرجه البخاري في الحدود (٣٠، ٣١)؛ وأبو داود في الحدود (٢٣).
(٢) الآية ١٥ من سورة النساء.

(ش): يعني لا حد عليها، لأنه لم يثبت بلعانه كما تقدم، ولا بإقرارها المذكور، إذا شرط ثبوت الحد عليها بالإقرار أن تقرّ أربعًا كما سيأتي إن شاء الله تعالى، والزوجية بحالها كما تقدم.

وحكم هذه حكم من نكلت على ما تقدم في حبسها أو تخليتها، وفي أن الولد لا حق بالزوج على المنصوص، وقد تقدم فيه قول آخر: أن للزوج أن يلتعن وحده لنفيه.

وحكى ابن حمدان قولاً: أنها إذا أقرّت بعد النكول ثلاثًا أنها تحد، وكان مدركه أن شهادة الرجل بمنزلة شاهد فقد وجد بلعانه ربع النصاب، وبإقرارها ثلاثة أرباعه، ويلزم على هذا لو أقرت ثلاث مرات وشهد شاهد أنها تحد، ولا أعرف النقل في ذلك. والله أعلم.

﴿كِتابُ العِدّة﴾

(ش): العدّة: ما تعدّه المرأة من أيام أقرائها، أو أيام حملها، أو غـير ذلـك، على ما يعرف إن شاء الله تعالى.

والأصـل فيهـا قـول الله تعـالى ﴿وَالْمُطَلَّقَـاتُ يَتَرَبَّـصْنَ بِأَنفُـسِهِنَّ ثَلاَثَـةَ قُرُوَءٍ﴾[1] وقوله سبحانه: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِـن نِّـسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْـتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[2] أي فعـدّتهن كـذلك، أو فكـذلك، أو اللائي يئسن من المحيض، واللائي لم يحض، فعدّتهن ثلاثـة أشـهر. وملخّـصه: هل في الآية تقديم وتأخير؟ أو تقدير؟ وعلى الثاني هـل المقـدّر مفـرد أو جملـة؟ خـلاف. وقولـه: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَـالِ أَجَلُهُـنَّ أَن يَـضَعْنَ حَمْلَهُـنَّ﴾ وقوله: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّـوْنَ مِـنكُمْ وَيَـذَرُونَ أَزْوَاجـاً يَتَرَبَّـصْنَ بِأَنفُـسِهِنَّ أَرْبَعَـةَ أَشْـهُرٍ وَعَـشْراً﴾[3]. وقـول النبـي ﷺ لفاطمـة بنـت قـيس: «اعتـدّي في بيـت ابـن أم مكتـوم»[4] في أحاديـث غـير ذلـك. مـع أن مـشروعية ذلـك الإجمـاع. والحمد لله.

(قال): وإذا طلّق الرجل زوجته وقد خلال بها، فعدّتها ثلاث حيض.

---

(١) الآية ٢٨٨ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٤ من سورة الطلاق.

(٣) الآية ٢٣٤ من سورة البقرة.

(٤) أخرجـه مـسلم في الطـلاق (٣٥، ٤٥)؛ والنـسائي في النكـاح (٢٢)؛ والإمـام مالـك في الطـلاق (٦٧).

(ش): قد انعقد الإجماع على وجوب العدّة على المبتوتة لعموم: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾(١) مع قول تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾(٢) الآية.

واختلف في وجوب العدّة على المخلّو بها بشرطه.

ومذهبنا وجوبها لقضاء الصحابة بذلك، وقد تقدم الكلام على ذلك مبيّنًا في وجوب الصداق بالخلوة.

ويشترط لوجوب العدّة بالخلوة: مطاوعتها، وكون الزوج ممّن يولد لمثله وهل يعتبر خلّوها من الموانع كالجبّ والعنّة والإحرام والصيام ونحو ذلك.

لم يعتبره أبو البركات مع حكايته الخلاف في الصداق. وخرّج أبو محمد الخلاف الذي ثم هنا. وظاهر كلام الخرقي أن العدة لا تجب إذا لم يوجد مسّ أو خلوة لو قبّل أو لمس، أو تحمّلت المرأة ماء الرجل. وهو أحد الوجهين في الصور الثلاث. والذي جزم به القاضي في المجرد وجوبها بتحمل المرأة الماء انتهى.

وعدّة ذات القروء الحرة ثلاثة أقراء بالإجماع، لشهادة النص لذلك.

واختلف في القرء: هل هي الحيض أو الأطهار؟ على روايتين مشهورتين، هما قولان للعلماء، ولأهل اللغة.

أحدهما: أنها الاطهار، ويعزى هذا في الجملة إلى أهل الحجاز، ونقله أحمد عن زيد، وابن عمر، وعائشة – رضي الله عنهم.

وزعم ابن عبد البر أن أحمد رجع أخيرًا إلى هذا القول، وعمدته في ذلك

---

(١) الآية ٢٨٨ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٤٩ من سورة الأحزاب.

قول أحمد في رواية الأثرم: رأيت الأحاديث عمن قال: القرء الحيض تختلف، والأحاديث عمن قال: الطهر أنه أحق بها حتى تدخلِ في الحيضة الثالثة، أحاديث صحاح قويه.

والعمدة في ذلك قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] أي في عدّتهن. كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ﴾[2] أي في يوم القيامة.

والمشروع الطلاق في الطهر لا في الحيض بالإجماع، وشهادة السنّة له كما تقدم.

وقال الأعشى[3] يصف غزوة.

[مُوَرِّثَةٍ مَالاً، وَفِي الحَمْدِ رِفْعَةً لِما ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءِ نِسائِكَا] والذي ضاع هو الإطهار.

والثانية: القرء: الحيض. ويعزى هذا في الجملة إلى أهل العراق، ويحكى عن الأصمعي، والكسائي، والفراء، والأخفش، قالوا كلهم: أقرأت المرأة: إذا حاضت. قال الأصمعي: فهي مقروءة. وقال الكسائي والفراء: فهي مقريّ. ونقل ذلك الإمام أحمد عن عمر، وابن مسعود، - رضي الله عنهما -. وهو المشهور عن أحمد، واختيار أصحابه وآخر قوليه صريحًا كما نصّ عليه في رواية ابن القاسم. فقال: كنت أقول بقول زيد وعائشة، وابن عمر، - رضي الله عنهم-، فهبته. وكذلك في رواية الأثرم: كنت أقول الأطهار، ثم وقفت لقول الأكابر.

---

(١) الآية ١ من سورة الطلاق.

(٢) الآية ٤٧ من سورة الأنبياء.

(٣) البيت للأعشى ميمون بن قيس، وقد ورد في النص محرفًا، والتصويب من ديوانه: ١٣٢ من قصيدة طويلة يمدح فيها هوذة بن علي الحنفي أولها.

أَتَشْفيكَ «تَيّا» أمْ تُرِكْتَ بِدَائِكَا وكَانَتْ قَتُولاً للرِّجَالِ كَذلِكَا.

وأصرح من ذلك قوله في راوية النيسابوري: قد كنت أقول به، إلا أني أذهب اليوم إلى أن الإقراء الحيض. وهذا تصريح بالرجوع. وعلى إحدى الطريقتين يرتفع الخلاف من مذهبه. وما اعتمده أبو عمر فليس فيه إلا أن مختاره، كان إذ ذاك الأطهار، والعمدة في ذلك ما اعتمده أحمد من أن ذلك قول الأكابر. وقد حكاه عن عمر وابن مسعود، - رضي الله عنهما-، وروى أيضًا عن أبي بكر الصديق، وعثمان بن عفان، وابن عباس، وأبي موسى، وعبادة بن الصامت، وأبي الدرداء - رضي الله عنهم.

وأيضًا فقد وقع القرء في لسان المبين لكتاب ربه، والمراد به الحيض. فعن القاسم، عن زينب بنت جحش - رضي الله عنها-: «أنها قالت للنبي ﷺ إنها مستحاضة. فقال: تجلس أيام إقرائها ثم تغتسل»[1] مختصر رواه النسائي. وعن عائشة - رضي الله عنها- : «أن أم حبيبة بنت جحش - التي كانت تحت عبدالرحمن بن عوف - شكت إلى رسول الله ﷺ الدم. قال: فلتنظر قرءها الذي كانت تحيض فلتترك الصلاة، ثم لتنتظر ما بعد ذلك فلتغسل عند كل صلاة وتصلّي»[2]. رواه أحمد والنسائي. وعن الأسود، عن عائشة - رضي الله عنها- قالت: «أمرت بريرة أن تعتدّ بثلاث حيض»[3]. رواه ابن ماجه. وعنها أيضًا - رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ قال: طلاق الأمة تطليقتان وعدّتها حيضتان»[4] رواه الترمذي وأبو داود.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطهارة (١٠٧، ١٠٩)؛ والنسائي في الحيض (٥).

(٢) أخرجه أبو داود في الطهارة (١١٦)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٣٢٣.

(٣) أخرجه ابن ماجه في الطلاق (٢٩)؛ والدارمي في الضوء (٨٤، ٩٢)؛ والإمام مالك في الطلاق (٥٠).

(٤) أخرجه ابو داود في الطلاق (٦)؛ والترمذي في الطلاق (٧)؛ وابن ماجه في الطلاق (٣٠)؛ والدارمي في الطلاق (١٧، ١٨)؛ والإمام مالك في الطلاق (٦٩، ٩١)؛ الإمام أحمد في ٦/ ١١٧.

فعلم من هذا أن عرف الشرع في القروء أنها الحيض. وأيضًا موافقة لظاهر الآية وهو ثلاثة قروء، فإن ظاهرها ثلاثة قروء كوامل، وإنما يكون ذلك إذا قلنا: إنها الحيض، أما إن قلنا: إنها الأطهار فإنما هو قرءان وبعض الثالث كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وأيضًا قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾(١) فنقلهن عند عدم المحيض إلى الاعتداد بالأشهر، فظاهره أن الأشهر بدل عن الحيض. وأيضًا فالعدّة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الأمة.

ودليل الأصل قوله النبي ﷺ: «لا توطأ الحامل حتى تضع، ولا غير حامل حتى تستبرأ بحيضة»(٢).

وأما قوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فالمراد مستقبلات لعدّتهنّ، كما تقول لقيته لثلاث بقين من الشهر، أي مستقبلاً الثلاث. يؤيد هذا أن في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -: «لمّا طلّق امرأته وهي حائض، وأمره النبي ﷺ بمراجعتها. فقال ابن عمر: قرأ النبي ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾(٣). رواه أبو داود والنسائي.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أنه سئل عن رجل طلّق امرأته مائة تطليقة. قال: عصيت ربك، وبانت منك امرأتك، لم تتق الله فيجعل لك مخرجًا. ثم قرا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ

(١) الآية ١٤ من سورة الطلاق.

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح (٤٤)؛ والترمذي في السير (١٥)؛ والدارمي في الطلاق (١٨)؛ والإمام أحمد في ٣/ ٦٣، ٨٧، ٣٢١.

(٣) الآية ١٠ من سورة الطلاق وهي ليست قراءة حفص.

لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] وفي لفظ: وإن الله قال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ رواه أبو داود.

وأما بيت الأعشى، فقيل أراد من أوقات نسائك، ولم يرد لا حيضًا ولا طهر.

والقرء، والقاري، جاء في معنى الوقت. يقال: هذا قاري الرياح، لوقت هبوبها. ومن هنا قال بعض أهل اللغة: إن القرء يصلح للحيض والطهر بناء على أن القرء الوقت. وقال آخر: يصلح لهما بناء على أن القرء الجمع، ومنه قولهم: قريت الماء في الحوض، وقرأت القرآن. أي لفظت به مجموعًا. ولا ريب أن الدم يجتمع في البدن في الطهر، ويجتمع في الرحم في الحيض.

وبالجملة من أهل اللغة من يجعل القرء للطهر، ومنهم من يجعله للحيض، ومنهم من يجعله مشتركًا بينهما.

(قال): غير الحيضة التي طلّقها فيها.

(ش): هذا بناء على مختاره من أن الإقراء: الحيض. فعلى هذا لا يعتدّ بالحيضة التي طلّقها فيها من العدّة، قل إنما يحتسب بها بعدها بلا خلاف نعلمه، لظاهر الكتاب، ولأن المنع من الطلاق في الحيض -والله أعلم- حذارًا من تطويل العدّة عليها، وإنما يكون إذا لم يحتسب بالحيضة التي طلّقها فيها. ولهذا قلنا.

والجمهور يحتسب بالطهر الذي طلّقها فيه قرءًا إن قلنا: القروء الأطهار، وألا يكون الطلاق في الطهر أضرّ بها وأطول عليها من الطلاق في الحيض.

(قال): فإذا اغتسلت من الحيضة الثالث أبيحت للأزواج.

(ش): ظاهر هذا أن العدّة لا يحكم بانقضائها بانقضاء الحيضة الثالثة،

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (١٠).

بل لا بد مع ذلك الاغتسال. وهذا إحدى الروايتين وأنصّها عن أحمد، واختيار أصحابه: الخرقي، والقاضي، والشريف، والشيرازي، وغيرهم، اعتمادًا على أن هذا قول أكابر الصحابة. قال أحمد: روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما- أنه كان يقول: «إذا انقطع الدم في الحيضة الثالثة فقد بانت منه» وهو أصحّ في النظر. قيل له: فلم لا يقول به؟ قال ذلك يقول به عمر، وعليّ، وابن مسعود فأنا أتهيب أن أخالفهم يعني اعتبار الغسل.

ويرشح هذا القول أن ظاهر القرآن، كما أشار إليه أحمد، يقتضي انقضاء العدّة بانقضاء الثلاثة قروء، فنزل هؤلاء الأكابر للظاهر، والظاهر إنما هو عن توقيف ممن له البيان. وقد روى هذا أيضًا عن أبي بكر، وعثمان، وأبي موسي، وعبادة وأبي الدرداء، - رضي الله عنهم-.

الرواية الثانية: تنقضي العدّة بانقطاع دمها من الثالثة، وإن لم تغتسل، اختاره أبو الخطاب نظرًا لظاهر القرآن. ولا تفريع على هذه الرواية، أما على الأولى فظاهر الكلام الخرقي وجماعة: أن العدّة لا تنقضي ما لم تغتسل وإن فرّطت في الاغتسال مدّة طويلة.

وقد قيل لأبي عبد الله: فإن أخرّت الغسل متعمدًا فينبغي إن كان الغسل من أقارئها أن لا يبين وإن أخرّته. قال: هكذا يقول شريك.

وظاهر هذا أنه أخذ به.

وقال أبو بكر: روى عن أبي عبد الله إذا وجبت عليها الصلاة ولم يخرج الوقت. قال القاضي: يعني بذلك أنها لا تباح ما لم تجب عليها الصلاة، فإذا وجبت أبيحت. انتهى.

وقال أبو بكر أيضًا: روى عن أبي عبد الله أنها في عدّتها إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض، وإن انقطع لأكثره انقضت العدّة بانقطاعه. انتهى.

ومحل الخلاف في المسئلة في إباحتها للأزواج، وحلّها لزوجها، الأول بالرجعة، أما ما عدا ذلك من انقطاع نفقتها، وعدم وقوع الطلاق بها، وانتفاء الميراث، وغير ذلك، فيحصل بانقطاع الدم رواية واحدة. وقال القاضي وغيره: قصرًا على مورد حكم الصحابة.

(قال): وإن كانت أمة، فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية.

(ش): مذهبنا ومذهب الجمهور أن عدّة الأمة بالقروء قرءان لما تقدم من قول النبي ﷺ: «وعدّتها حيضتان» وفي الفظ: «وقرء الأمة حيضتان» رواه الدارقطني، وعن ابن عمر – رضي الله عنهما – عن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة اثنتان وعدّتها حيضتان». رواه ابن ماجه والدارقطني. إلا أن كلا الحديثين قد ضعف، لكن يرشحهما أنه قول عمر، وعلي، وابن عمر – رضي الله عنهم – والجمهور. وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفًا كما في كثير من أحكام الأمة مع الحرّة، إلا أن الحيض لا يتبعّض، ولهذا قال عمر – رضي الله عنه –: «لو أستطيع أن أجعل العدّة حيضة ونصفًا لفعلت». إذا تقرر هذا، فالخرقي – رحمة الله – عنده أن القروء الحيض، فتكون عدة الأمة حيضتين، وعنده أن الحرة لا تحلّ للأزواج حتى تغسل من الثانية.

(قال): وإن كانت من الآيسات، أو ممن لم يحضن فعدّتها ثلاثة أشهر.

(ش): هذا إجماع والحمد لله، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿ اللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾(1) أي فكذلك، أو فعدّتهن كذلك، أو واللائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن فعدّتهن ثلاثة أشهر. وملخصه أن الآية الكريمة هل فيها تقدم وتأخير أو تقدير.

وعلى الثاني هل المقدر مفرد أو جملة، ثلاثة أقوال.

---

(1) الآية ٤ من سورة الطلاق.

تنبيه: ويحتسب بالساعة التي فارقها على المشهور من الوجهين حذارًا من الزيادة على ظاهر الكتاب.

وقال ابن حامد: إنما يحتسب بأوّل الليل أو النهار، فإذا طلّقها نهارًا احتسب من أول الليل الذي يليه وليلاً يحتسب بأوّل النهار الذي يليه دفعًا لمشقّة اعتبار الساعات.

(قال): والأمة شهران.

(ش): يعنى إنما تقدم إذا كانت الزوجة حرة، أما إن كانت أمة فعدّتها شهران، وهذا هو المشهور من الروايات. والمختار لعامه الأصحاب: الخرقي والقاضي وأصحابه وأبي بكر فيما نقله القاضي في الروايتين، إذ الأشهر بدل من القرء، وعدّة ذات القرء قرءان، فبدلهما شهران.

واعتمد أحمد على قول عمر - ﷺ- عدّة أم الولد حيضتان، ولو لم تحض كان عدّتها شهرين.

والرواية الثانية عدّتها شهر ونصف، اختارها أبو بكر فيما نقله أبو محمد. ويروى عن علي وابن عمر - رضي الله عنهم -، لأن عدّة الأمة نصف عدّة الحرّة، وعدة الحرّة ثلاثة أشهر، فنصفها شهر ونصف، وإنما اعتدّت الأمة ذات القروء بالحيضتين لتعذّر تبعيض الحيضة.

والرواية الثالثة ثلاثة أشهر مخرّجة على ما قال القاضي من نصه في استبراءها بثلاثة أشهر، لظاهر اطلاق الكتاب، ولأن اعتبا رالشهور للعلم ببراءة رحمها، ولا يحصل بدون ثلاثة أشهر في الحرّة والأمة، إذ الحمل يكون نطفة أربعين يومًا، وعلقة أربعين يومًا، ثم يصير مضغة، ثم يتحرك، ويعلو بطن المرأة ويظهر الحمل. وهذا ظاهر لا خفاء به إلا أنه ضعّف لأنه مخالف لإجماع الصحابة، لأنهم إنما اختلفوا على القولين السابقين.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين من عادتها أن لا تحيض وبين من عادتها أن تحيض، كمن بلغت خمس عشرة سنة ونحو ذلك، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار أبي بكر وأبي محمد اعتمادًا على عموم الكتاب.

والرواية الثانية إذا أتي عليها زمان الحيض ولم تحض تعتدّ بسنة، اختارها القاضي في خلافه وفي غيره، وعامة أصحابه الشريف وأبي الخطاب في خلاقيهما، والشيرازي وابن البنا، لأنها والحال هذه مرتابة لجواز أن يكون بها حمل منع حيضها، فوجب أن تعتدّ بسنة، كالتي ارتفع حيضها بعد وجوبه.

تنبيه: حد الأياس، هل هو خمسون سنة أو ستّون؟ أو يفرّق بين نساء العرب ونساء العجم، على خلاف سبق في الحيض. وأبو محمد يختار أنها إذا بلغت خمسين وانقطع حيضها عن عادتها مرّات لغير سبب، فقد صارت آيسة. إن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض[1].

(قال): وإذا طلّقها طلاقًا يملك فيه الرجعة وهي أمة فلم تنقض عدّتها حتى أعتقت بنت على عدّة حرّة، وإن طلّقها طلاقًا لا يملك فيه الرجعة فعتقت اعتدّت عدّة أمة.

(ش): لأنها إذا أعتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة فوجب أن تعتدّ عدّة الحرائر، كما لو أعتقت قبل الطلاق، وإن أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تجب عليها عدّة الحرائر، كما لو أعتقت بعد مضيّ القرءين.

(قال): وإذ طلّقها وهي ممن قد حاضت فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، اعتدّت سنة.

---

(١) لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان. وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادرًا (الإنصاف: ٩/ ٢٨٤).

(ش): هذا هو المذهب المعمول به بلا ريب لأنها إذن حصلت مرتابة، فوجب أن تقعد سنة، تسعة أشهر للحمل اعتمادًا على الغالب، وثلاثة لعدّة الأياس لتزول الريبة.

ولأبي الخطاب في الهداية احتمال أنها تقعد للحمل أربع سنين، نظرًا إلى أن ذلك هو اليقين، ثم تعتدّ للأياس.

تنبيه: لو عاد الحيض قبل الحكم بانقضاء عدّتها انتقلت إليه بلا ريب لأنه الأصل، والبدل لم يتم، وإن عاد بعد العدّة وبعد نكاحها لم ينتقل إليه بلا ريب للحكم بصحة نكاحها، وإن عاد بعد الحكم بانقضاء عدّتها وقبل نكاحها ففي الانتقال إليه وجهان. أصحّهما لا تنتقل إليه للحكم بانقضاء عدّتها.

(قال): وإن كانت أمة اعتدّت بأحد عشر شهرًا، تسعة أشهر للحمل وشهران للعدّة.

(ش): هذا مبنيّ على ما تقدم له من أن عدّة الآيسة شهران، هو المذهب، أما على رواية أن عدّتها شهر ونصف، فتجلس عشر أشهر ونصف، وعلى رواية ثلاثة أشهر تساوي الحرّة.

(قال): فإن عرفت ما رفع الحيض كانت في عدّة حتى يعود الحيض فتعتدّ به إلا أن تصير من الآيسات فتعتدّ بثلاثة أشهر من وقت تصير في عدّة الآيسات.

(ش): إذا عرفت ما رفع الحيض من مرض أو رضاع ونحوه لم تزل في عدّة حتى يعود الحيض فتعتدّ به أو تصير آيسة، فتعتدّ عدّة الآيسات، نص عليه أحمد في رواية صالح، وأبي طالب، وابن منصور، والأثرم إذا حبسها مرض أو علّة أو رضاع، فلا بدّ أن تأتي بالحيض، وعليه أصحابه، لما روى الشافعي في مسنده عن حبان بن منقذ: «أنه طلّق امرأته طلقة واحدة، وكان لها منه بنيّة ترضعها، فتباعد حيضها، ومرض حبان، فقيل له، إنك إن متّ ورثتك. فمضي

إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك. فقال عثمان لعلي وزيد بن ثابت - رضي الله عنهم -: ما تريان؟ فقالا: نرى أنها إن ماتت ورثها وإن مات ورثته لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من الأبكار اللائي لم يبلغن المحيض. فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فعاد إليها الحيض، فحاضت حيضتين، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة. فورثها عثمان -ﷺ-».

(قال): وإن حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعة لم تنقض عدّتها إلا بعد سنة ومن وقت انقطاع الحيض.

(ش): لأنها إذن نصير مرتابة فوجب أن تعتدّ بسنة، كما لو ارتفع حيضها من حين طلّقها، والعدّة لاتبنى على عدّة أخرى، وكذلك لو حاضت حيضة أو حضتين ثم يئست انتقلت إلى القروء، واعتمد أحمد في المسألة على قول عمر - ﷺ- فإن قال: «في رجل طلّق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين وارتفع حيضها لا تدري ما رفعه: تجلس تسعة أشهر، فإن لم يستبن بها حمل تعتدّ بثلاثة أشهر، قال ابن المنذر: قضى به عمر - ﷺ- بين المهاجرين والأنصار، - رضي الله عنهم -، لا ينكره منكر

(قال): وإن طلّقها وهي من اللائي لم يحضن فلم تنقض عدّتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدّة بثلاث حيض إذا كانت حرّة وبحيضتين إن كانت أمة.

(ش): لأن الشهور بدل عن الحيض، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل، كالتيمّم مع الماء، وإنما لم تبن على ما مضى لما تقدّم من أن العدّة لا تبنى على أخرى، وإذن تعتدّ بثلاث حيض إن كانت حرّة، وبحيضتين إن كانت أمه بناء على أن القروء الحيض وإن قيل أنها الاطهار فله تعتدّ بما مضى من الطهر قبل الحيض؟ قرأ فيه وجهان.

(قال): ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدّتها بتمام أربعة أشهر وعشرًا إن كانت حرّة، وبتمام شهرين وخمسة ايام إن كانت أمة.

(ش): أما كون الحرّة تعتدّ بأربعة اشهر وعشر إذا مات زوجها، فلقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾(١) وقول النبي ﷺ: «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»(٢) متفق عليه. ولا فرق بين قبل الدخول وبعده إعمالاً لعموم الآية والخبر، ثم المعنى يعضده وهو أن النكاح عقد عمر فإذا مات انتهى، والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الإجارة بانقضائها.

وأما كون الأمة تعتدّ بشهرين وخمسة أيام فقيل لاتفاق الصحابة على أن عدّة الأمة المطلّقة على النصف من عدّة الحرّة، فكذلك عدّة الوفاه. وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة، مسلمة أو ذميّة، ولا بين أن يوجد حيض في مدّة الأربعة أشهر أو لم يوجد، وهو كذلك.

تنبيه: والشعر المعتبر في العدّة هي عشر ليال بأيامها، فتجب عشرة أيام مع الليالي.

(قال): ولو طلّقها أو مات عنها وهي حامل منه لم تنقض عدّتها منه إلا

---

(١) الآية ٢٣٤ من سور البقرة.
(٢) أخرجه البخاري في الجنائز (٣١) وفي الحيض (١٢) وفي الطلاق (٤٦-٤٩)؛ وأخرجه مسلم في الرضاع (١٢٥، ١٢٦، ١٢٩، ١٢٣)؛ وأبو داود في الطلاق (٤٣، ٤٦)؛ والترمذي في الطلاق (١٨)؛ والنسائي في الطلاق (٥٨، ٥٩)؛ وابن ماجه في الطلاقة (٣٥)؛ والدرامي في الطلاق (١٢، ١٣)؛ والإمام مالك في الطلاق (١٠١، ١٠٢)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٣٧، ١٨٤، ٢٤٩، ٢٨١، ٢٨٦، ٢٨٧، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٤٠٨، ٤٢٦.

يوضع الحمل، أمة كانت أو حرّة.

(ش): لقول الله تعالى ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1] وهذا إجماع والحمد لله في الطلاق، وفي كل فرقة في الحياة، وكالإجماع فيما بعد الموت. وعن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه قال في الحامل المتوفى عنها زوجها «أنها: تعتد بأطول الآجلين»[2]. وهو إحدى الروايتين عن علي -ﷺ-، ويحكى عن سحنون من المالكية، لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[3] وهذا عامّ في كل متوفّى عنها.

وللجماعة الآية السابقة، فإن العموم فيها أصرح، ثم يرشحه عمل العامة على وقفه. وعن ابن مسعود -ﷺ-: «من شاء لا عنته لأنزلت سورة النساء القصى بعد الأربعة أشهر وعشرًا» رواه النسائي وأبو داود. وهذا لفظه، يريد بسورة النساء سورة الطلاق، وهذا يدل على أنها متأخر عن الآية التي في سورة البقرة فيقضي عليها بالفسخ أو بالتخصيص. والذي يقطع النزاع ويبيّن المراد بلا ريب ما روى عن سبيعة الأسلمية- رضي الله عنهما -: «إنها كانت تحت سعد بن خولة، وهو من بني عامر بن لؤى، وهو ممن شهد بدرًا، فتوفّي عنها فى حجة الوداع وهي حامل، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته، فلما تعلت من نفاسها، تجمّلت للخطّاب، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك، رجل من بني عبد الدار، فقال لها: ما لي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح، إنك والله ما أنت بناكح حتى تمرّ عليكِ أربعة أشهر وعشرًا. قالت سبيعة«فلمّا قال لي ذلك،

(١) الآية ٤ من سورة الطلاق.

(٢) أخرجه الترمذي في الطلاق (١٧)؛ والنسائي في الطلاق (٥٦).

(٣) أخرجه أبو داود في الطلاق (٤٧)؛ والنسائي في الطلاق (٥٦).

جمعت على ثيابي حين أمسيت. فأتيت ﷺ فسألته عن ذلك، فأفتاني بأني قد حلّلت حين وضعت حملي. وأمرني بالتزويج إن بدا لي» قال ابن شهاب «ولا أرى بأسًا أن تتزوج حين وضعت، وإن كانت في دمها غير أن لا يقربها زوجها حتى تطهر» متفق عليه. وقد روى عن ابن عباس – رضي الله عنهما-: «أنه لما بلغه هذا الحديث رجع إلى قول الجماعة» وهذا الذي يظن به.

وقول الخرق: «بوضع الحمل» أي كلّه، فلو كان ولدين أو أكثر فلا بدّ لانقضاء العدّة من وضع الجميع، ولو كان واحدًا فلا بدّ من انفصال جميعه.

تنبيه: «ولم تنشب» أي لم تمكث (وتعلت من نفاسها)أي انقطع دمها وطهرت. قال المنذري: وأصله عندهم السواد، كأنه من العلو، أي تتعلى عن حالتها من المرض[1].

(قال): والحمل الذي تنقضي به العدّة ما يتبّين فيه شيء من خلق الإنسان، أمة كانت أو حرّة.

(ش): كأن تضع ولدًا، أو يدًا، أو رجلاً، أو نحو ذلك. وقد حكى الإجماع على ذلك، إذ بذلك يعلم أنها حامل، فتدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وسواء كان ما تبّين ظاهرًا أو خفيًّا شهدت به القوابل.

ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا وضعت ما لا يتبّين فيه شيء من خلق الإنسان أنها لا تنقضي عدّتها به. وهو المشهور عن أحمد، ومختار أبي بكر، والقاضي، والشريف وأبي الخطاب، وفي خلافاتهم. وابن عقيل، والشيرازي

---

(١) أخرجه البخاري في المغني (١٠). ومسلم في الطلاق (٥٦)؛ وأبو داود في الطلاق (٤٧)؛ والنسائي في الطلاق (٥٦). ابن ماجه في الطلاق (٧).

وأبي محمد وغيرهم لأنه قد حصل الشك في كونه ولدًا، فلا يحكم بانقضاء العدّة المتيقنة به حذارًا من دفع اليقين بأمر مشكوك فيه.

ونقل حنبل عن أحمد: أنها تصير بذلك أم ولد. فخرّج القاضي وجماعة من ذلك انقضاء العدّة به، لأن الظاهر أنه بدء خلق آدمي، أشبه ما لو تصور، وأبي ذلك أبو محمد. وقال ليس هذا برواية في العدّة، إذ أحمد لم يتعرض لها. انتهى.

ويؤيد هذا أنه روى عن أحمد في رواية أخرى ما يدل على أنها تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به العدّة. والفرق والاحتياط في الصورتين. ففي الاستيلاد تغليب للحرية، وفي العدة تغليب للكمال.

ومحلّ الخلاف فيما إذا ألقت مضغة، أما إن ألقت نطفة أو دمًا أو علقة فإن العدّة لا تنقضي به بحال عند الشيخين وغيرهما والقاضي في تعليقه، جعل الخلاف في العلقة والمضغة. ومحلّ الخلاف أيضًا إذ شهدت القوابل أن المضغة مبدأ خلق آدمي. قاله أبو محمد، فلو لم يشهد بذلك لم يحكم بانقضاء العدّة بلا خلاف. ولم يشترط ذلك أبو البركات.

(قال): ولو طلّقها أو مات عنها فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدّتها به.

(ش): هذا يعتمد أصلاً وهو أكثر مدّة الحمل، والمذهب المشهور أقصاها أربع سنين لأن هذا لا نص فيه. فيرجع فيه إلى الوجود. وقد وجد ذلك. فروى الوليد بن مسلم قال: «قلت لمالك بن أنس حديث جميلة بنت سعد، عن عائشة - رضي الله عنها -: لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل. قال مالك: سبحان الله. من يقول هذا، هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد» وقال الشافعي: «بقي محمد بن عجلان في بطن أمة أربع سنين» وقال أحمد: «نساء بني عجلان يحملن أربع سنين، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل

دفعة أربع سنين» وحكى أبـو الخطـاب أن محمـد بـن عبـد الله بـن الحسن بـن الحسين بن علي بقي في بطن أمه أربع سنين وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي.

ويؤيد ذلك أن عمر بـن الخطـاب - ﷺ- «ضرب لا مـرأة المفقـود أربـع سنين»والظاهر أنه إنما فعل ذلك لأنه أقصى مدّة الحمل.

وعن أحمد : أن أقصاه سنتان، لأن عائشة – رضي الله عنهـا- قالـت: «لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل» ولأن الاتفاق حصل على ذلك بخلاف غيره.

إذا تقرر هذا فإذ أتت المرأة بولد لأربـع سـنين فـما دون مـن يـوم طلاقهـا أو موت زوجهـا، ولم تكـن تزوجـت ولا وطئـت ولا انقـضت عـدّتها بـالقروء ولا بالأشهر على قول، ولا بوضع الحمل فإن الولد لا حق بالزوج. والعدّة منقضية به.

ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا أتت بولد لأكثر من ذلك لم يلحـق بـالزوج ولا ريب في ذلك. ومفهومه أيضًا أن العدة لا تنقضي به منه، وهذا هـو المـذهب بلا ريب، لأن الحمل منفي عنه يقينًا فلم يعتدّ بوضعه منـه. كـما لـو ظهـر بعـد موته. وعن أحمد – رحمة الله – أن العدّة تنقضي به لأنها ذات حمـل فتـد خـل في: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾وهكـذا الخـلاف في كـل ولـد لا يلحق الزوج كامرأة الطفل المتوفّي عنها، والمطلقة عقب العقد ونحو ذلك.

وعن أحمد تنقضي به من غير الطفل لأنه يلحق بالتحاقه بخلاف الطفـل. وأظن هذا اختيار القاضي.

وقد يقال: إن ظاهر إطلاق الخرقي أن من تقدم إذا أتت يولد لأربع سنين فما دونها أنه يلحق الزوج. وإن كانت قد أقَرت بانقضاء عدّتها، لكن منصوص أحمد وقول الأصحاب على خلاف هذا. فإنهم اتفقوا فـيما علمـت عـلى أنهـا إذا أقرّت بانقضاء عدّتها بالإقراء أن الولد لا يحلق بـه. وظـاهر أحمـد وأبي بكـر أن الحكم كذلك وإن أقرّت بانقضائها بالأشهر. وصرح بذلك أبو البركات وابـن

حمدان. وظاهر كلام القاضي وعامة أصحابة إناطة ذلك بالإقراء بخلاف الأشهر، وتبعهم أبو محمد على ذلك مصرحًا به.

(قال): ولو طلّقها أو مات عنها فلم تنقض عدّتها، حتى تزوجت من أصابها فرّق بينهما وبنت علي عدّتها من الأول، ثم استقبلت العدّة من الثاني.

(ش): أما كونه يفرق بينها والحال هذه فلأنه نكاح باطل اتفاقاً فوجب التفريق فيه، لو تزوجت وهي زوجه. وأما كونها تبني على عدّتها من الأول فليست عدّته، وكونها عن وطء في نكاح صحيح، وليس في كلام الخرقي بيان المدّة مقامها عند الثاني، هل تنقطع به العدّة أم لا؟ وفي المسألة وجهان، والذي جزم به القاضي والشريف وأبو الخطاب في خلافتهم: أن العدّة لا تنقطع به. والذي جزم به أبو محمد في كتبه: الانقطاع. وأما كونها تستقبل عدّتها من الثاني فلأنهما حقّان مقصودان لآدمين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين والعمدة أن عمر وعليًّا – رضي الله عنهما- حكما بذلك كما سيأتي، ولا نعرف لهما مخالفًا.

(قال): وله أن ينكحها بعد انقضاء العدّتين.

(ش): هذا هو المذهب المشهور والمختار للأصحاب من الروايتين لعموم: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَٰلِكُمْ﴾[1] وغير ذلك. لأنه لوزنا بها لم تحرم أبدًا، فهذا أولى.

والرواية الثانية: تحرم أبدًا، لما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار: «أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلّقها، فنكحت في عدّتها، فضربها عمر – ﷺ–، وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرّق بينهما. ثم قال: أيما امرأة نحكت في عدّتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثم اعتدّت بقية عدّتها من زوجها الأول وكان خاطبًا من

(١) الآية ٢٤ من سورة النساء.

الخطاب، وإن كان دخل بها فرّق بيهما بقيـة عـدّتها مـن الأول ثـم اعتـدّت مـن الآخر، فلا ينكحها أبدًا

والمعنى في ذلـك – والله أعلـم – أن الله تعـالى أوجـب العـدّة لـبراءة الـرحم، حفظًا للأنساب. وشرع النكاح بعدها صيانة للفروج فلـما انتهكـت الحرمـة وأخـلّ بالحكمة واستعجل السبب الذي رتّب عليه الـشرع الإباحـة في غـير محلـه اقتـضت الحكمة أن يعامل بنقيض قصده المؤيد، كالقاتل لمورثه. وقد اعترض على قوله عمـر - ﷺ- بقول عليّ - ﷺ- كأنه روى عنه أنه قال «إذا انقضت العدّة فهو خاطب مـن الخطاب» وقد روى عن عمر - ﷺ- أنه رجع إلى قول علي – رضي الله عنهما.

ومفهوم كلام الخرقـي أنهـا لا تحـلّ قبـل انقـضاء العـدّتين. وعـلى هـذا الأصحاب كافة ما عدا أبا محمد فإنه يميل إلى أنه لـه أن ينكحهـا في عـدّتها منـه بعد فراغ عدّة الأول. قال بعـد أن حكـى هـذا عـن الـشافعي: وهـذا أحـسن مواقف للنظر، لأن العدّة إنما شرّعت حفظًا للنسب وصيانة للماء، والنـسب لا حق به هاهنا، فأشبه ما لو خالعها ثم نكحها في عدّتها.

والأصحاب اعتمدوا على قضاء عمر -ﷺ- وقد تقدم.

وعن علي - ﷺ- أنه «قضي في المرأة تزوج في عدّتها: أنه يفرّق بينهما ولهـا الصداق بما استحلّ من فرجها وتكمل ما أفسدت مـن عـدة الأول وتعتـدّ مـن الآخر» ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة – رضي الله عنهم –. ولعموم: ﴿ وَلاَ تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىَ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾[1] الآيـة والـضمير في قـول الخرقي: «وله أن ينكحها» أي الثاني، أما الأول فإن كان طلاقه ثلاثـاً لم تحـلّ لـه بهذا النكاح لبطلانه وعدم مشروعيته، وإن كان دون الثلاث فلـه نكاحهـا بعـد العدّتين، وإن كانت رجعية فله رجعتها في عدّتها منه، قاله أبو محمد.

---

(١) الآية ٣٢٥من سورة.

(قال): فإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما أرى القافة وألحق بمن ألحقوه به منهما، وانقضت عدّتها به منه واعتدّت للآخر.

(ش): إذا حملت هذه المنكوحة في العدّة فعدّتها بوضع الحمل كغيرها بلا ريب. ثم ينظر في الولد، فإن أمكن كونه من الأول دون الثاني، كأن تأتي بالولد دون ستة أشهر من وطء الثاني، ولأربع سنين فما دون من فراق الأول، فهو ملحق به وتنقضي عدّتها منه به، ثم تعتدّ للثاني، وإن أمكن كونه من الثاني وحدة كأن تأتي به لستّة أشهر فأزيد إلي أربع سنين من وطء الثاني، ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول فهو ملحقّ بالثاني، فتنقضي عدّتها منه به، ثم تتم عدّة الأول.

وإنما قدمت عدّة الثاني والحال هذه على عدّة الأول حذارًا من أن يكون الحمل من إنسان والعدّة من غيره.

وإن أمكن كونه منهما، كأن تأتي به لستّة أشهر فصاعدًا من وطء الثاني ولأربع سنين فما دون من بينونتها من الأول. وهذه صورة الخرقي، فإن يري القافة فإن ألحقته بأحدهما لحق به وانقضت عدّتها به منه، ثم اعتدّت للآخر، وإن ألحقته بهما لحق بهما وانقضت عدّتها به منهما.

ولو لم يمكن كونه من واحد منهما، بأن ولدته لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول فإنه لا يلحق بواحد منهما، ولا تنقضي عدّتها منه على المذهب كما تقدم.

ولو أمكن كونه منهما ولم توجد قافة أو أشكل أمره عليها فإنها بعد وضعه تعتدّ بعدّة أخرى، لأن الولد إن كان من الأول فعليها أن تعتدّ للثاني وإن كان من الثاني فعليها أن تكمل عدّة الأول، ولا يتيقن ذلك إلا بعدّة كاملة، وهل يضيع نسب الولد والحال هذه ، أو يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء منهما؟ فيه خلاف مشهور.

(قال): وأم الولد إذا مات سيّدها. فلا تنكح حتى تحيض حيضة.

(ش): لأنه قد زال الملك عنها فلزمها الاستبراء بحيضة عند إرادة النكاح كالأمة القن إذا زال الملك عنها، وأريد وطؤها. ودليل الأصل قول النبيﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حامل حتى تستبرأ بحيضة».

ومقتضي كلام الخرقي أنه يكتفي في استبرائها بحيضة، وهو المشهور من الروايتين أو الروايات والمختار للأصحاب، لأنه استبراء لزوال الملك عن الرقبة، فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات والمملوكات.

والرواية الثانية: تعتدّ بعد موته بأربعة أشهر وعشر، لما روي عن عمرو ابن العاص - ﷺ- قال: «لا تلبسوا علينا سنّة نبيّنا ﷺ، عدّة المتوفّى عنها أربعة أشهر وعشر – يعنى أم الولد»[1] رواه أبو داود وابن ماجه. وقد ضعّف.

قال ابن المنذر: ضعّف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص. وقال الميموني: رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو هذا، ويقول: أين سنّة النبي ﷺ في هذا؟ وقال: أربعة أشهر وعشرّ، إنما هي عدّة الحرّة من النكاح، وإنما هذه أمة خرجت من الرق إلى الحرية . وقال القاسم بن محمد سبحان الله، والله يقول: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً﴾[2].

وقد أوّل بعضهم الحديث على أنه إنما جاء في أم الولد بعينها كان أعتقها صاحبها ثم تزوجها.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٤٨)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٣٠٣.

(٢) الآية ٢٣٤ من سورة البقرة.

وحكى أبو محمد عن أبي الخطاب أنه حكى رواية ثالثة: أنها تعتدّ بشهرين وخمسة أيام. قال: ولم أجد هذه الرواية في الجامع ولا أظنها صحيحة عن أحمد.

قلت: ولم أرها أنا في الهداية، ووجهها أنها حين الموت أمة فكانت عدّتها عدّة الأمة، وهذا كله ضعيف، إذ لا عدة هنا، إنما هو استبراء.

(قال): وإن كانت مؤيسة فبثلاث أشهر.

(ش): هذا هو المشهور من الروايتين ومختار الخرقي وأبي بكر والقاضي وأبي محمد وغيرهم، لأن المقصود من الاستبراء العلم ببراءة الرحم فلا يحصل إلا بذلك.

قال أحمد بن القاسم قلت لأبي عبد الله: كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة وإنما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهرًا؟ فقال: إنما قلنا ثلاثة أشهر لأجل الحمل فإنه لا يبين في أقل من ذلك. قد سأل عمر بن عبد العزيز عن ذلك، وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروا أن الحمل لا يتبيّن في أقلّ من ثلاثة أشهر، فأعجبه ذلك ثم قال: ألا تسمع قول ابن مسعود - ﷺ -: «إن النطفة أربعين يومًا. ثم عقلة أربعين يومًا. ثم مضغة بعد ذلك.

قال أبو عبد الله فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة. وهي لحم فيتبيّن حينئذ.

والرواية الثانية: أنها تستبرأ بشهر، لأن الله جعل ثلاثة أشهر مكان ثلاث حيض فكلّ شهر مكان حيضة، وهذه استبراؤها بحيضة فمكانها شهر.

وعنه ثالثة: تستبرأ بشهرين.

وعنه رابعة: بشهر ونصف، كما لو كانت مطلّقة، وهذا الحكم لا يختص بأم الولد بل يجزئ في كل مستبرأة آيسة.

(قال): وإن راتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدّت تسعة أشهر للحمل وشهرًا مكان الحيضة.

(ش): إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فإنها تقعد تسعة أشهر للحمل بلا ريب، ثم تقعد شهرًا للاستبراء عوض الحيضة. قال الخرقي، وتبعه أبو محمد مع قولها أن الآيسة استبراؤها بثلاثة أشهر، وذلك لأن الاستبراء في الآيسة إنما كان ثلاثة أشهر لتعلم براءة رحمها من الحمل، وهنا بمضيّ غالب مدة الحمل عملت البراءة، فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس. وحكى أبو البركات وغيره فيها رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة أشهر كالآيسة.

تنبيه: وإن علمت ما رفع الحيض لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبرأ به أو تصير آيسه فتستبرأ باستبراء الآيسات.

(قال): وإهن كانت حاملاً فحتى تضع.

(ش): هذا إجماع والحمد لله، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[1] وقول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع»[2] الحديث.

(قال): وإن أعتق أمّ ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة.

(ش): لا يختلف المذهب أن الاستبراء هنا بحيضة، وذلك لأنها موطوءة وطئًا له حرمة، فلم يجز أن تتزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهه. المعنى فيه الخوف من اختلاط المياه، وامتزاج الأنساب المطلوب عدمه شرعًا.

---

(١) الآية ٤ من سورة الطلاق.

(٢) سبق تخريج الحديث.

ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا لم يكن سيّدها يطأها لا يلزمها استبراء وهو كذلك للأمن من اختلاط المياه وامتزاج الأنساب، ولو لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما تقدم في أمّ الولد. وقول الخرقي: «حيضة كاملة» يحترز عن قول من يقول إنها إذا طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها. والحديث نص في ذلك.

(قال): وكذلك إن أراد أن يزوجها استبرأها بحيضة ثم زوّجها.

(ش): لما تقدم من الخوف من اختلاط المياه وامتزاج النسب.

تنبيه: فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها حتى يستبرأ بها بحيضة بعد تمام ملكة لها إ، كانت ممن تحيض أبو بوضع الحمل إن كان حاملاً أو بمضيّ ثلاثة أشهر إن كانت من اللائي يئسن من المحيض أو من اللائي لم يحضن.

(ش): إذا ملك أمة لم يحلّ له وطؤها حتى يستبرئها، لما روى عن أبي سعيد الخدري - ﷺ- أن النبي ﷺ قال في سبي أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة»[1] رواه أحمد أبو داود. وعن رويفع ابن ثابت عن النبي ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماؤه ولد غيره»[2] رواه أحمد والترمذي وأبو داود، وزاد: «ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها»[3] والاستبراء ستبراء بحيضة إن كانت ممن تحيض، أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً للحديث، أو بثلاثة أشهر، على المشهور من الروايات، ومختار الخرقي، وقد تقدم ذلك.

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.

ولا تحلّ أيضًا قبلتها بلا خلاف أعلمه في المذهب في الحملة. حذار من أن تكون حاملاً من المنتقلة عنه، فيكون مستمتعًا بأمّ ولد غيره، ولأنه استبراء حرّم الوط فحرّم القبلة كالعدّة.

وقول الخرقي إذا ملك يشمل كل ملك. فتدخل فيه المملوكة بسي فلا يصيبها قبل استبرائهابلا ريب، وكذا لا يتسمتع بها، وهو إحدى الروايتين.

وزعم أبو محمد أنه الظاهر عن الإمام، لأنه استبراء حرّم الوطء فحرّم دواعية كالعدّة.

والثانية: له الاستمتاع بها دون الفرج لأن المنع في غيرها للحذر من أن تكون أمّ ولد للغير فيكون مستمتعًا بأمّولد غيره، وبها جزم ابن البناء والشيرازي.

وملخصه: أن من نظر إلى هذا المعنى أباح، ومن قاس على عدّة منع وقد روى عن ابن عمر – رضي الله عنهما- أنه قال: «وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كأن عنقها إبريق فضة، فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبّلتها والناس ينظرون»(١).

ويدخل فيه أيضًا إذا ملك أمة من مكاتبه، وهو المذهب،به حزم أبو محمد، وفيه وجه أنه لا استبراء اكتفاء باستبراء المكاتب. ويدخل أيضًا إذا اشتري أمة مزوّجة وطلّقت، فإن الاستبراء يجب بعد العدّة، وقيل لا يجب، بل يدخل فيها إذا أوجب الطلاق عدّة، أما إن لم يوجب عدّة كالمطلّقة قبل الدخول فإن الاستبراء يجب قولاً واحدًا. ومما يدخل فيه أيضًا إذا باع أمة ثم عادت إليه بإقالة أو فسخ حيث قيل بانتقال الملك وهذا إحدى الروايتين.

---

(١)رواه ابن أبي شيبه في مصنفه: ٤/ ٢٢٧، ٢٢٨. وجلولاء الوقيعة لما أوقع بهم المسلمون. أنظر: معجم البلدان لياقوت الحموي: ٢/ ١٥٦.

واختيار الشريف وأبي الخطاب والشيرازي وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يجب الاستبراء، ومحلّ الخلاف إذا كان العود قبل القبض، أما إن كان بعض القبض والافتراق فإن الاستبراء يجب بلا خلاف، هذا إذا كان المشترى رجلاً، وكذلك إن كان امرأة عند أبي محمد، وعند أبي البركات إن كانت امرأة جرى فيه الخلاف مطلقًا.

ومفهوم كلامه أنه لا يجب الاستبراء بغير الملك، وقد قال أحمد في الإقالة يوجب الاستبراء، قال: لأني أعتبر الملك فأناط الحكم بالملك- فعلى هذا لو عجزت مكاتبته أو فكّ أمته من الرهن ونحو ذلك فلا استبراء عليه لذلك. نعم يستثنى من ذلك إذا أسلمت أمته المجوسية أو المرتدّة، فإن يجب عليه استبراؤها على وجه. والمذهب أنه لا يجب لذلك، وبه قطع أبو محمد.

وقوله: «أمة» يشمل كل أمة وإن كانت بكرًا، أو لا تحمل، أو انتقلت من صغير أو امرأة، وهو كذلك لعموم الحديث – ويستثنى من ذلك إذا كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فإنه لا يجب استبراءها على إحدى الروايتين، لأن الاستبراء يراد لمعرفة براءة الرحم، ورحم هذا معروف براءته. ولا تردّ الآيسة، لأن الأياس قد يخفى، ثم قد وقع حمل الآيسة كما وقع لامرأة سيّدنا إبراهيم ﷺ، وهذه الرواية اختيار ابن أبي موسى وأبي محمد، ولا عبرة بقول ابن المنجا أن ظاهر كلامه في المغنى ترجيح الوجوب، فإنه صرح بتصحيح عدم الوجوب، بل لم يستدل على الوجوب بشيء.

والثانية: وهي ظاهر كلام الخرقي وابن النبا والشيرازي وغيرهم: يجب، لعموم الحديث. وقوله: «ولم يقبّلها» وفى معنى القبلة الاستمتاع فيما دون الفرج ونحو ذلك.

وقوله: «وبعد تمام ملكه لها» يحترز عما إذا ملك بعضها، فإن الاستبراء لا يحتسب به إلا من حيث ملك جميعها، وعمّا إذا اشتريت بشرط الخيار وقلنا الملك ينتقل فإن الاستبراء لا يحتسب به إلا من حيث انتهاء الخيار لعدم تمام الملك قبله، وهو أحد الوجهين. والوجه الثاني، وبه جزم أبو محمد يحتسب من حين انتقال الملك إناطة به وإن لم يتم.

وقد دخل في كلام الخرقي إذا وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض وقد تم الملك، فإن يجزئ. وهو إحدى الروايتين، واختيار القاضي وجماعة من أصحابه.

والثانية: لا يجزئ إلا بعد القبض.وعلى هذه فهل يكفى قبض الوكيل؟ فيه وجهان، أصحّهما الإجزاء، لأن يده كيد الموكل.

(قال): وتجتنب الزوجة المتوفّى عنها زوجها الطيب والزينة، والبيتوتة في غير منزلها، والكحل بالأثمد، والنقاب، فإن احتاجت سدلت على وجهها على تفعل المحرّمة، حتى تنقضي عدّتها.

(ش): قد تقدم أن عدّة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرًا إن كانت حرّة، وشهران وخمسة أيام إن كانت أمة فتجتنب في مدّة ذلك الطيب، لما روى عن أم عطية – رضي الله عنها–، أن النبي ﷺ قال: «لا تحدّ المرأة فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحدّ عليه أربعة أشهر وعشرًا ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا إلا ثوب عصب، ولا تكتحل ولا تمسّ طيبًا إلا أدنى طهرها، فإذا طهرت من محيضها بنبذة من قسط وأظفار»[1] متفق عليه. عن زينب بنت أبي سلمة: «أنها دخلت على

(١) أخرجه البخاري في الجنائز (٣١) وفي الحيض (١٢) وفي الطلاق (٤٦-٤٩)؛ وأخرجه مسلم في الرضاء (٢٥، ٢٦، ١٢٩، ١٢٣)؛ وأبو داود في الطلاق (٤٣، ٤٦)؛ والترمذي في الطلاق (١٨)؛ والنسائي في الطلاق(٥٨، ٥٩)؛وابن ماجه في الطلاق(٣٥)؛والدارمي في الطلاق(١٢،١٣)؛ =

أم حبيبة حين توفّي أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره، فدهنت منه جارية، ثم مسّت بعارضيها، ثم قالت: والله ما لي بالطيب من حاجة، غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا» متفق عليه. وفي معنى الطيب الادهان بالأدهان المطّبية كدهن الورد ونحو لا غير المطّيبة كالزيت ونحوه.

وتجتنب أيضًا الزينة لما تقدم من حديث أم عطية: «ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا» الحديث. وعن أم سلمة زوج النبي ﷺ ورضي الله عنها، عن النبي ﷺ أنه قال: «المتوفّى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب، ولا الممشقة، ولا الحلى، ولا تختضب، ولا تكتحل»[1] رواه أبو داود والنسائي. وعن أم حكيم بنت أسيد، عن أمها: «أن زوجها توفّي عنها، وكانت تشتكي عينها فتكتحل بالجلا، فأرست مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلا، فقالت: لا تكتحلي به إلا من أمر لا بدّ منه يشتدّ عليه فتكلتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار. ثم قالت عند ذلك أم سلمة: دخل عليّ رسول الله ﷺ حين توفّي أبو سلمة، وقد جعلت عليّ صبرًا. فقال ما هذا يا أم سلمة؟ فقلت: إنما هو صبر يا رسول الله، ليس فيه طيب. قال: إنه يشبه الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وتنزعيه بالنهار، ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحنّاء فإنه خضاب. قالت: قلت: بأي شيء ، أمتشط يا رسول الله؟ قال: بالسدر تغلّفين به رأسك»[2] رواه أبو داود والنسائي.

والزينة تشمل زينة البدن كالاختصاب، وتحمير الوجه، وجعل الصبر عليه، وتخفيفه ونحو ذلك ما تقدم في الأحاديث. وما لم يذكر فيها فبالقياس على ما ذكر.

= والإمام مالك في الطلاق (١٠١، ١٠٢)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٣٧، ١٨٤، ٢٤٩، ٢٨٦، ٢٨٧، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٤٠٨، ٤٢٦.

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٤٦)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٣٠٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق (٤٦)؛ والنسائي في الطلاق (٦٦).

ولا تمنع مما يراد للتنظيف كالامتشاط بالسدر، لحديث أم سلمة –رضي الله عنهما–، وكتقليم الظفر، وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ونحو ذلك. وتشمل زينة الثياب، فيحرّم عليها المصبوغ من الثياب للتحسين، كالمعصفر والمزعفر والأزرق الصافي والأخضر الصافي ونحو ذلك، لما تقدم من حديث أم سلمة وأم عطية– رضي الله عنهما-. ولا تمنع من مصبوغ لم يقصد بصبغه حسنه كالكحل والأخضر المشبع ونحو ذلك، نظرًا للمعنى وتخصيصها به، ولأن غير مصبوغ وإن كان حسنًا لعدم دخوله في الحديث، ولأن حسنة من أصل خلقته، وأشبه إذا كانت المرأة حسناء فإنه لا يلزمها أن تشوّه نفسها، وفي منعها مما صبغ غزله ثم نسج وجهان بناء على تفسير ثوب العصب المستثنى في الحديث ما هو. وسيأتي إن شاء الله تعالى[1].

وتشمل الزينة أيضًا، الزينة بالحلي كالخلخال والسوار حتى الخاتم، لعموم حديث أم سلمة –رضي الله عنها– ولا الحلي انتهى.

وتجتنب أيضًا الكحل بالأثمد، وهو نوع من الزينة وقد تقدم المنع في الأحاديث منه، ولا فرق بين السوداء وغيرها، نظرًا للعموم، نعم إن اضطرت إلى التداوي بذلك جاز ليلاً وتمسحه نهارًا، لما تقدم عن أم سلمة –رضي الله عنها–.

---

(١) والحادة تجتنب ما يدعو إلى جماعها، ويرغّب في النظر إليها ويحسّنها. وذلك أربعة أشياء أحدها: الطيب، ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الاحداد. والثاني: اجتناب الزينة. وذلك واجب في قول عامة أهل العلم. وهناك جماعة من أهل العلم يكرهون الزينة وهي ثلاثة أقسام: ١- الزينة في نفسها فيحرّم أن تختضب وأن تحمرّ وجهها أو تبيّضة، أو تصفّره أو تنقش وجهها ويديها، أو تخفف وجهها وأن تكتحل. ٢- زينة الثياب، فتحرّم عليها الثياب المصبغة للتحسين. ٣- الحلي، فيحرّم عليها لبس الحلي كله. الثالث: ما تجتنبه الحادة: النقاب وما في معناه. وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة. الرابع: المبيت في غير منزلها. (المغني والشرح الكبير: ٩/ ١٦٧).

ولا تمنع من الكحل بالتوتيا والعنزروت[1] ونحوهما لعمدم الزينة، والمنع ملحوظ فيه للزينة.

وتجتنب أيضًا النقاب، وكأنه لا نص في ذلك عن أحمد، لأن كثيرًا من الأصحاب عزا ذلك إلى الخرقي، وذلك لأن المعتدّة مشبّهة بالمحرمة، والمحرمة تمنع من ذلك، وعلى هذا تمنع مما في معنى ذلك كالبرقع ولو احتاجت إلى ما يستر وجهها سدلت عليه كما تفعل المحرمة.

وتجتنب أيضًا في غير منزلها، لما روى عن الفريعة بنت مالك بن سنان، وهي أخت أبي سعيد الخدري: «أنها جاء إلى رسول الله ﷺ تساله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة، فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا، حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه، فسألت رسول الله ﷺ: أن أرجع إلى أهلي فإني لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة. قالت: فقال رسول الله ﷺ: نعم. قالت: فخرجت حتى إذا كنت في الحجر أو في المسجد دعاني أو أمرني، فدعيت له. فقال: ما قلت؟ فرددت عليه القصة التي ذكرت من شأن زوجة قالت: فقال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر

---

(١) التوتيا: جاء في القانون في الطب لابن سينا: «أن في البحر حيوانًا مدورًا يموت في البحر، والأمواج ترمي به إلى الساحل يجعل منه التوتيا، وهو نافع من وجع العين ويمنع الفصول الخبيثه المحتقنة في عروق العين».
وجاء في اللسان: أن التوتيا: «حجر يكتحل به. وهو معرب».
وأما العنزروت فلم أجد له ذكرًا في كتب الطب ولا كتب اللغة، وإنما جاء في القانون عن العبيثران أنه «محلل أعضاء الرأس، نافع في الأمراض الباردة في الدماغ ويمنع زكام البرودة في أعضاء العين، ماؤه يحد البصر كحلاً». فلعل العنزروت تحريفًا للعبيثران والله أعلم بالصواب أنظر: القانون في الطيب لابن سينا: ١/ ٣٩٦، ٤٤٣، ٤٤٤ واللسان: ١/ ١٨ مادة (توت).

وعشرًا. قالت: فلما أن كان عثمان بن عفان - ﷺ - أرسل إلى فسألني عن ذلك. فأخبرته، فاتّبعه، وقضى به»[1] رواه الخمسة، وصححه الترمذي.

وتجب العدّة في المنزل الذي مات الزوج وهي ساكنة فيهن سواء كان مملوكًا لزوجها أو لم يكن. كحال فريعة، إلا أن تدعو ضرورة إلى خروجها منه، بأن يحولها مالكه أو تخشى على نفسها هدمًا أو غرقًا أو عدوًا ونحو ذلك. فلها أن تنتقل. لكن هل تنقل إلى أقرب الأماكن إلى المسكن؟ وبه جزم ابو الخطاب في الهداية، وأبو البركات، أو حيث شاءت؟ هو مختار أبي محمد، وحكاه عن القاضي، فيه وجهان.

وقد ذكر أبو محمد من صور الأعذار المبيحة للانتقال: إذا لم تجد أجرة المنزل إلا من مالها فإن لها الانتقال. وذكر هو وغيرها: أنه لا يجب للمتوفّى عنها سكنى إن كانت حائلاً بلا نزاع، وفيها إذا كانت حاملاً روايتان.

وحاصل قوله وقد صرح به أن الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن، وهو مقتضى قول القاضي في تعليقه فإن قال: إذا بذل لها المنزل فإنه يلزمها أن تعتدّ فيه، ولا تحلّ لها البيتوتة في غيره. نص عليه في رواية حنبل. وفرّق بينها وبين المبتوتة. انتهى. وفيما قالاه نظر، فإنه يفضي إلى إسقاط العدّة في المنزل رأسًا، فإن الورثة إذا لم يبذلوا السكن، والمرأة إذا لم تبذل الأجرة سقط الاعتداد في المنزل. وظاهر الحديث يخالفه، فإن النبي ﷺ قال لها: «أمكثي في بيتك» مع قولها إن لم يتركها في مسكن يملكه ولا نفقة، ولو كان لأمرها بالمكث في بيتها بشرط، وهو بذل الورثة الأجرة لبيّنة ﷺ.

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٤٤)؛ والترمذي في الطلاق (٢٣)؛ وابن ماجه في الطلاق (٨)؛ والدارمي في الطلاق (١٤)؛ والإمام مالك في الطلاق (٨٧)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٣٧٠، ٤٢١.

ثم إن عامة الأصحاب يقولون: لا تخرج عن منزلها إلا لضرورة، ووزن الأجرة ليس بضرورة عليها. ولفظ أحمد في رواية حنبل: لا تبيت المطلّقة والمتوفّى عنها إلا في منزلها يذهبان بالنهار، فإذا كان الليل أتيا المنزل الذي أدركهما فيه الوفاة والطلاق أسهل. وهذا النص أيضًا على وفق الحديث، والذي يظهر لي أنها يجب عليها بذل الأجرة من مالها إن قدرت على ذلك، وإلا فلا يكلّف الله نفسًا إلا وسعها.

وظاهر كلام الخرقي أنها لا تجتنب الخروج نهارًا، وهو كذلك، نص عليه أحمد كما تقدم والأصحاب، دفعًا للحرج والمشقّة، إذا الحاجة قد تدعو إلى ذلك. وقد روى جابر - ﷺ - قال: «طلّقت خالتي ثلاثًا، فخرجت فجدّي نخلك، لعلك أن تصدّقي منه أو تفعلي خيرًا»(1) رواه النسائي وأبو داود. لكن اشترط كثير من الأصحاب لخروجها في النهار الحاجة، وأحمد وجماعة لم يشترطوا ذلك، فلا حاجة في التحقيق إلى اشتراطه، لأن المرأة وإن لم تكن متوفّى عنها تمنع من خروجها من بيتها لغير حاجة مطلقًا.

وقوله: «وتجتنب الزوجة» يخرج منه غير الزوجة كأم الولد ونحوها فإن لا حداد عليها. ويدخل فيه كل زوجة وإن كانت ذمية أو غير مكلّفة، وهو كذلك. والمخاطب بتحصيل الاحداد على غير المكلّف هو الوليّ.

تنبيه: الاحداد المنع، فالمراد تمنع نفسها مما كانت تتهيأ به لزوجها من تطيب وتزيين، فقول النبي ﷺ: «لا تحدّ المرأة» وقله بعد: «ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا» إلى آخر عطف تفسيري للاحداد. يقال: أحدّث المرأة إحدادًا، فهي محدّ. وحدّت

---

(1) أخرجه مسلم في الرضاء (١٢٢) وفي الطلاق (٥٧)؛ وأبو داود في الطلاق (٤١)؛ وابن ماجه في الطلاق (٩)؛ والدارمي في الطلاق (١٤)؛ والإمام أحمد في ٣/ ٣٢١.

تحدّ وتحدّ بالضم والكسر فيه حاد، وسمّي الحديد حديدًا لامتناعه بـه، أو لامتناعـه على من يحاوله.

والعصب: برود يمينه بعصب غزلها أي يجمع ويـشد ثـم تـصبغ بعـد ذلـك وتنسج، فيأتي هو موشيًا لبقاء ما عصب منه أبيض لم يأخـذه الـصبغ. هـذا تفـسير المنذري والقاضي من أصحابنا وغيرهما. ولهذا أباح القاضي ما صبغ غزله مطلّقًا.

وقال أبو محمد تبعًا للسهيلي: إنه نبت يصبغ به لا ينبت إلا باليمن، ومـن ثـم اختار أبو محمد تحريم ما صبغ غزله ثم نـسج للتحـسين نظـراً للمعنـى. والنبـذة: القطعة من الشيء.

والقسط: العود الذي يتبخر بـه. وقيـل هـو طيـب غـيره. ويقـال: بالقـاف والكاف. والأظفار: جنس من الطيب لا واحد له من لفظه – وقيل: واحده ظفـر. وروى قسط وأظفار عـلى العطـف – وروى: أو أظفـار عـلى الإباحـة والتـسوية. ورخص في ذلك لأجل قطع الرائحة الكريهة، لا على معنى التطييب.

والممشقة من الثياب المصبوغة بالشق بكسر والميم وفتحها، وهو المغره بفـتح الميم.

وكحل الجلا، وهو الأثمد. وحكي فيه كسر الجيم وفتحها المد والقصر.

والصبر معروف للدواء المر، ويشب الوجـه أي يوقـد اللـون ويحـسنّه. مـن قولهم شببت النار إذا أو قدتها.

وتغلفين أي تلطخين.

وخدرة بضم الخاء المعجمة وسكون الدال المهملة: بطن من الأنصار.

والقدوم بفتح القاف وضم الدال المهملة موضع عى ستة أميال من المدينة ويشدد ويخفف.

(قال): والمطلّقة ثلاثًا تتوقّى الطيب والزينة والكحل بالأثمد.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار الخرقي والقاضي وعامة أصحابه لأنها معتدّة بائن من نكاح فلزمها الاحداد كالمتوفّى عنها، ولأن العدّة تحرّم النكاح فحرّمت دواعية كالإحرام والصيام- والثانية وهي اختيار أبي بكر في الخلاف، وابن شهاب لا يحرّم عليها شيء من ذلك لعموم الحديث، فإنه دل على أن كل امرأة لا تحدّ، إلا إمرأة المتوفي عنها زوجها.

وقول الخرقي المطلّقة ثلاثًا تخرج منه الرجعية لأنها زوجه، ويلحق بالمطلّقة ثلاثًا كل بائن. وظاهر كلام الخرقي أنها لا تجتنب النقاب وصرح بذلك أبو محمد في الكتاب الكبير. وظاهر كلامه في كتابه الصغير، وكذلك أبو البركات منعها من ذلك.

وظاهر كلام الخرقي أيضًا أنه لا يجب عليها البيتوتة في منزل الطلاق هو أشهر الروايتين والمجزوم به عند كثير من الأصحاب والقاضي وأبي محمد وغيرها، لأن النبي ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تعتدّ في بيت ابن أم مكتوم.

وحكى عنها أنها كالمتوفّى عنها. وعلى الأول هل لها البيتوتة عن المنزل الذي يكون فيه والسفر عن البلد، فيه روايتان، أنصّهما نعم. وهذا كله إذا لم يمنعها المطلّق من ذلك، فأما إن أراد إسكانها في موضع يصلح لها لا محذور فيه تحصينًا لفراشه لزمها ذلك.

(قال): وإذا خرجت للحج فتوفّي زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي العدّة، وإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها.

(ش): إذا سافرت المرأة للحج ثم توفّي عنها زوجها فلا يخلو: أما إن تكون قريبة أو بعيدة، فإن كانت قريبة لزمها العود لتأتي بالعدّة في المنزل الذي وجبت فيه، لأن القريبة في حكم المقيمة[1]. وقد روى سعيد بن منصور، ثنا جرير عن منصور، عن سعيد بن المسيب قال: «توفي أزواج نساء وهن حاجّات أو معتمرات فردّهن عمر -ﷺ- من ذي الحليفة حتى يعتددن». وكلام الخرقي يشمل ما إذا أمكنها مع الرجوع الإتيان بالحج، وما إذا لم يمكن ولا نزاع في ذلك مع الإمكان، اللهم إلا إذا لحقها في الرجوع ضرر، فإنها تمضي كما لو تباعدت، وإن لم يمكن فهل تقدّم العدة، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية حرب ويعقوب بن بختان، لعموم قول النبي ﷺ لفريعة: «أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» وهذه في حكم المقيمة في البيت أو الحج كانت قد أحرمت به قبل العدّة، وهو اختيار القاضي لمزيته بالسبق ولعموم: ﴿وَأَتِمُّواْ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ للهِ﴾[2] على روايتين فعلى الأول تتحلل لفوات الحج بعمرة كالمحصرة، وإن كانت بعيدة مضت في سفرها لأنها تحتاج إلى سفر في رجوعها، فاشبهت من بلغت مقصدها. وظاهر كلام الخرقي أن مضيّها على سبيل الوجوب وجعله أبو محمد على سبيل الجواز إن وصلت إلى منزلها قبل انقضاء عدّتها، وفصل أبو البركات

---

(١) ولأنه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها كما لو لم تفارق البنيان. (المغني والشرح الكبير:٩/ ١٨٤).

(٢) الآية ١٩٦ من سورة البقرة.

فقال: إن أمكنها الرجوع لقضاء العدّة ثم الإتيان بالحج خيّرت، وإن لم يمكنها قدّمت الحج، فخصّص إطلاق الخرقي.

تنبيه: حد القريب ما لا تقصر فيه الصلاة، والبعيد عكسه، قاله القاضي.

(قال): فإن رجعت وقد بقي عليها شيء من عدّتها أتت به من منزلها.

(ش): يعني إذا مضت في الحج ثم رجعت وقد بقي عليها شيء من عدّتها، فإنها تأتي به في منزلها، لقول النبي ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[1].

(قال): ولو توفّي عنها زوجها أو طلّقها وهو ناءٍ عنها، فعدّتها من يوم مات أو طلّق إذا صح ذلك عندها، وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدّة.

(ش): هذا هو المذهب المشهور والمختار للأصحاب من الروايتين نظرًا إلا أن العدّة سببها ذلك والمتسبب يتعقب السبب ولأن غاية ما فات القصد هو غير معتبر في العدّة، بدليل الصغيرة والمجنونة تنقضي عدّتها من غير قصد ولأنها لو وضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لا نقضت عدّتها، فكذلك سائر أنواع العدّة.

والرواية الثانية إن ثبت ذلك ببيّنة، فكذلك لتحقق السبب وإلا فعدّتها من يوم بلغها الخبر لعدم تعلّق الحكم بها قبل ذلك.

وقوله: «إذا صح ذلك عندها» لأنه إذا لم يصح فلا شيء من يقين أو غلبة ظن ينبنى الحكم عليه. وقوله: «وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدّة» لأن العدة مرور زمن وقد وجد. والله سبحانه أعلم.

---

(١) سبق تخريج الحديث.

﴿كتاب الرضاع﴾

(ش): الرضاع: مصّ الثدي. فتح الراء وكسرها. مصدر رضع الصبي الثدي بكسر الضاد وفتحها يرضع ويرضع بالفتح مع الكسر والكسر مع الفتح.

والرضاع محّرم بالإجماع، وسنده قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾[1] وقول النبي ﷺ: «إن الرضاعة تحرّم ما تحرّم الولادة»[2] وقد تقدم ذلك.

(قال): والرضاع الذي لا يشك فى تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعدًا.

(ش):اختلف الراوية عن إمامنا أحمد في القدر الذي يتعلق به التحريم من الرضاع. فروى: أنه لا حدّ لذلك، بل قليل الرضاع وكثيره سواء، اعتمادًا على إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾. وقول النبي ﷺ «إن الرضاعة تحرّم ما تحرّم الولادة»، «يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب»[3]. وعن عقبة بن الحارث: «أنه تزوج أم يحيى بنت

---

(١) الآية ٢٣ من سورة النساء.

(٢) أخرجه البخاري فى الخمس (٤) وفي النكاح (٢٠ ، ٢١)؛ وأجرجه مسلم فى الرضّاع(١)، والإمام مالك في الرضاع(١).

(٣) أخرجه البخاري فى الشهادات (٧) وفي النكاح (٢٠، ٢٧، ١١٧) وفي الخمس (٤)؛ وأخرجه مسلم في الرضاع (١، ٢، ٩، ١٢)؛ وأبو داود فى النكاح (٦)؛ وابن ماجه في النكاح (٣٤)؛ والدارمي فى النكاح (٤٨)؛ والإمام مالك في الرضاع (١، ٢، ١٦)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٧٥، ٢٩٠، ٣٢٩، ٣٣٩ وفي ٤/ ٤، ٥ وفي ٦/ ٤٤، ٥١، ٦٦، ٧٢، ١٠٢، ١٧٨.

أبي أهاب فجاءت أمة سوداء. فقالت: قد أرضعتكما. فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني. قالت: فتنحيّت فذكرت ذلك للنبي ﷺ. فقال: وكيف؟ وقد زعمت أن قد أرضعتكما»[1] متفق عليه وبهذا استدل أحمد.

وري عنه: أن التحريم لا يثبت إلا بثلاث رضعات، اعتمادًا على ما روى عن عائشة - رضى الله عنها- : أن النبي ﷺ قال: «لا تحرّم المصّة والمصّتان»[2] رواه مسلم وغيره. وعن أم الفضل - رضي الله عنها- : «أن رجلًا سأل النبي ﷺ: أتحرّم المصّة؟ فقال: لا تحرّم الرضعة والرضعتان، والمصّة والمصّتان» وفي لفظ «لا تحرّم الإملاجة ولا الإملاجتان»[3] رواهما مسلم. وعن عبد الله بن الزبير - رضي الله عنهما-: أن النبي ﷺ قال «لا تحرّم من الرضاعة المصّة والمصّتان» رواه أحمد والنسائي والترمذي. ومفهوم ذلك الثلاث تحرّم.

ثم إطلاق ما تقدم يقتضى التحريم مطلقًا، خرج منه الرضعة والرضعتان بالنص فما عداهما يبقى على مقتضى الإطلاق - وروى عنه، وهو مختار أصحابه

---

(١) أخرجه البخاري وفي النكاح (٢٣) وفي البيوع (٣)؛ وأخرجه الترمذي في الرضاع (٤)؛ وأخرجه النسائي في النكاح (٤٤-٤٦، ٤٩- ٥١، ٥٧)؛ والدارمي في النكاح (٥١)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٧، ٨، ٣٨٤.

(٢) أخرجه مسلم في الرضاع (١٧، ٢٠، ٢٣)؛ وأبو داود في النكاح (١٠)؛ والترمذي في الرضاع (٣)؛ والنسائي في النكاح (٥١)؛ وابن ماجه في النكاح (٣٥)؛ والدارمي في النكاح (٤٩)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٤، ٥ وفي ٦/ ٣١، ٩٦، ٢١٦، ٢٤٧، ٣٤٠.

(٣) أخرجه مسلم في الرضاع (١٨، ٢٢)؛ والنسائي في النكاح (٥١)؛ والدارمي في النكاح (٤٩)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٣٢٩، ٣٤٠.

متقدميهم ومتأخريهم: أن التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات لما روت عائشة – رضي الله عنها – : أنها قالت: «كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفّي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن»[1] رواه مسلم وأبو داود والنسائي. وفي لفظ قالت «أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس وصارت إلى خمس رضعات معلومات، فتوفّي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك»[2] روى الترمذي وعن عائشة – رضي الله عنها – : «أن رسول الله ﷺ أمر امرأة أبي حذيفة فأرضعت سالمًا خمس رضعات، فكان يدخل عليها بتلك الرضاعة »[3] رواه أحمد. ولو تعلق التحريم بدون الخمس لم يكن لذكر الخمس معنى، ولكان النبي ﷺ أمر امرأة أبي حذيفة أن ترضع سالمًا ثلاثًا، وهذا يقتضي على إطلاق ما تقدم، وكذا على مفهومه، إذ غايته عموم، فعلى الأول لا كلام، وعلى الثانية والثالثة متى امتص من الثدي ثم تركه فذلك رضعة بكل حال. وعن ابن حامد إذا ترك بغير اختياره ثم عاد عن قرب فهما رضعة:

(قال): والسعوط كالرضاع.

(ش): أصل السعوط صبّ الدواء في الأنف. والمراد هنا صبّ اللبن ومختار الخرقي والقاضي وأصحابه وأبي محمد وغيرهم: ثبوت التحريم به. وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، لحصول المعنى الحاصل بالرضاع منه، وهو

---

(١) أخرجه مسلم فى الرضاع (٢٥)؛ وأبو داود في النكاح (١٠)؛ والترمذي في الرضاع (٣)؛ والدارمي في النكاح (٤٩)؛ والإمام مالك في الرضاع (١٨).

(٢) أخرجه الترمذي في الرضاع (٣).

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح (٩، ١٠)؛ والإمام مالك في الرضاع (١٣)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٢٠١، ٢٥٥، ٢٦٩، ٢٧١.

إنشاز العظم وإنبات اللحم. ويدل على التكليف على هذا المعنى قول ابن مسعود -ﷺ- : «لا رضاع إلا ما شدّ العظم وأنبت اللحم»[1] وفي رواية: «وأنشز العظم» رواه أبو داود.

والرواية الثانية لا يثبت التحريم به، اختارها أبو بكر نظرًا إلى أن هذا ليس برضاع. والتحريم إنما حصل بالرضاع.

(قال): وكذلك الوجور.

(ش): أصل الوجور وضع الدواء في الفم. وقال الجوهري: في وسط الفم. والمراد هنا صب اللبن في الفم من غير الثدي، والكلام فيه كالكلام في السعوط نقلًا ودليلًا. والنص عن أحمد ورد فيه. وقوله: «كالرضاع» في أنه يعطى حكمه من ذلك أنه لا يحرّم إلا بخمس رضعات. فكذلك هنا لا يحرّم إلا بخمس مصّات.

(قال): واللبن المشوب كالمحض.

(ش): والمشوب هو المخلوط بغيره عكس المحض وهو الخالص. ومختار الخرقي والقاضي والشريف والشيرازي والشيخين ثبوت التحريم به لحصول إنبات اللحم وإنشاز العظم منه.

وقال ابن حامد، واختاره أبو الخطاب في خلافه الصغير: الحكم لأغلبهما، إذ غير الغالب في حكم العدم. وهذان القولان بناء على القول بالتحريم بالوجور، كذلك صرح به القاضي في تعليقه، وأبو البركات، ومن ثم قال أبو بكر: قياس قول أحمد أنه لا يحرّم لأنه لا وجور. ثم أبو محمد يقول:

(١) أخرجه أبو داود في النكاح (٨)؛ وابن ماجه في النكاح (٣٧).

الخلاف فيما إذا كانت صفات اللبن باقية، أما إن ذهبت كأن كان يصب في ما لم يتغير به فلا تحريم لانتقاء الرضاع ومعناه، وهو إنشاز العظم وإنبات اللحم به.

وعن القاضي، وهو ظاهر كلامه في التعليق: جريان الخلاف فيه إناطة بحصول اللبن في البطن.

(قال): ويحرّم لبن الميتة كما يحرم لبن الحيّ.

(ش): هذا منصوص أحمد في رواية إبراهيم الحربي، واختيار أبي بكر، والقاضي وأصحابي، لحصول الرضاع على وجه يحصل به الإنبات والإنشاز. وقد قال أحمد إن عمر - ﷺ- قال: «إن اللبن لا يموت» واختيار الخلال أن التحريم لا يحصل به.

وسئل عن أحمد في رواية مهنا عن صبي رضع من ثدي امرأة ميتة هل يكون رضاعًا؟ فتوقف وقال: ألا أن عمر يقول: «إن اللبن لا يموت» وهذا يدل على المرجح عنده مع توقفه ثبوت التحريم به. وكأن الخلال - رحمة الله - نظر إلى أن هذه ليست بمحلّ الولادة فأشبهت الرجل.

(قال): وإذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فأرضعت به طفلًا خمس رضعات متفرقات في حولين حرّمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره، وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها، فإن أرضعت صبيّة فقد صارت ابنة لها ولزوجها، لأن اللبن من الحمل الذي هو منه.

(ش): أما تحريم المرضعة المذكورة على الطفل فبنصّ الكتاب قال سبحانه: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾[1] وأما تحريم بناتها على الطفل من أبي الحمل ومن غيره، فلأنهن إخوته. وقد قال سبحانه: ﴿وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ

(١) الآية ٢٣ من سورة النساء.

الرَّضَاعَةِ﴾ وأما تحريم بنات أبي هذا الحمل من المرضعة ومن غيرهم عليه فبناء على أن الحرمة تنتشر من قبل الرجل كما تنتشر من قبل المرأة، وقد تقدمت هذه المسألة في قوله: ولبن الفحل محرَم.

وأما صيرورة الصبيّة المرضعة منها بنتًا لها فإجماع. وقد دل عليه قول النبي ﷺ: «يحرّم من الرضاع ما يحَرم من النسب».

وأما صيرورة المرضعة بنتًا لزوج المرضعة فلما علل به الخرقي من أن اللبن من الحمل الذي هو منه، وهو يلتفت إلى ما تقدم من أن لبن الفحل محرّم. وقول الخرقي: «وإذا حبلت» يحترز مما إذا ثاب اللبن من غير حمل فإنه لا ينشر الحرمة، وهو المنصوص والمختار للقاضي وعامة أصحابه من الروايتين، لأنه لبن لم تجر العادة به لتغذية الطفل أشبه لبن الرجل.

وحكى عن أحمد رواية أخرى أنه ينشر الحرمة. وصححه أبو محمد في الكتاب الكبير، ولم يثبتها في الصغير. بل قال الظاهر أنها قول ابن حامد وهي مشعرة بظاهر إطلاق: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾[1] وقول الخرقي: «ممن يلحق نسب ولدها به» يحترز به عمّن لم يلحقه النسب كالزاني والملاعن، فإن الحرمة لا تنشر إليهما.

وهو قول ابن حامد: إذ التحريم فرع لحرمة الأبوّة وحرمة الأبوّة لم تثبت فكذلك ما هو فرع لها. واختار أبو بكر أن الحرمة تنتشر إليهما، إذ هو رضاع نشر الحرمة إلى المرضعة فنشرها إلى الواطئ بصورة الاتفاق.

وفي المذهب قول ثالث تنتشر الحرمة إلى الزاني لأنه ولده ظاهرًا دون الملاعن لانتفائه عنه ظاهرًا وحكمًا. وقوله «فثاب لها اللبن» أي اجتمع.

---

(١) الآية ٢٣ من سورة النساء.

وقوله: «فأرضعت به طفلًا خمس رضعات، بناء على مختاره من أن التحريم إنما يتعلق بالخمس». وقوله «متفرقات» بناء على أنه لابدّ من عدد الرضعات، وأنه لا يكتفى بالمصّ من غير مفارقة الثدي، وهو المشهور. وعن ابن أبي موسي: حد الرضعة أن يمتص ثم يمسك عن الامتصاص لنفس أو غيره، سواء خرج الثدي من فيه أو لم يخرج.

وكلام الخرقي يقتضي أنه متى وجد التفرق كفى وإن كان بغير اختياره وقد تقدم ذلك. وقوله: «وفي حولين» يحترز عما بعد الحولين فإنه لا يؤثر، ولا ريب في ذلك عندنا لما روى عن عائشة – رضي الله عنها – قالت «دخل عليّ النبي ﷺ وعندي رجل. فقال: يا عائشة من هذا؟ فقلت: أخي من الرضاعة فقال: يا عائشة، أنظرن من أخوانكن الرضاعة من المجاعة » متفق عليه، وعن أم سلمة – رضي الله عنها–: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحرّم الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام»[1] رواه الترمذي وصححه. وعن ابن عباس – رضي الله عنهما–: قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رضاع إلا ما فارق الحولين» رواه الدار قطني. وعن ابن مسعود – رضي الله عنه– : «لا رضاعة إلا ما كان في الحولين»[2] رواه أبو داود. وعن ابن عباس وعن ابن عمر – رضي الله عنهما–: «لا رضاعة لكبير» وعن ابن عمر – رضي الله عهما–: «لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر»[3] رواهما مالك في الموطأ.

وبهذا يتخصص ما روي عن زينب بنت أم سلمة – رضي الله عنها– قالت: «قالت أم سلمة لعائشة– رضي الله عنها– أنه يدخل عليك الغلام

(١) أخرجه الترمذي في الرضاع (٥).

(٢) أخرجه الإمام مالك في الرضاع (٤، ١٠، ١٤) وفي الحدود (١١)؛ وأخرجه البخاري في النكاح (٢١)؛ والترمذي في الرضاع (٥).

(٣) أخرجه الإمام مالك في الرضاع (٦، ١١، ١٤)؛ والترمذي في الرضاع (٥).

الأيفع الذي ما أحبّ أن يدخل عليّ. فقالت عائشة – رضي عنها–: أما لك في رسول الله ﷺ أسوة حسنة. وقالت: إن امرأة أبي حذيف قالت: يا رسول الله، إن سالمًا يدخل عليّ وهو رجل وفي نفس أبي حذيفة منه شيء. فقال رسول الله ﷺ: أرضعيه حتى يدخل عليك»[1] رواه أحمد ومسلم. وفي راية عن زينب، عن أمها أم سلمة – رضي الله عنها– قالت: «أبي سائر أزواج رسول الله ﷺ أن يدخلن أحدًا عليهن بتلك الرضاعة. وقلن لعائشة – رضي الله عنها–: ما نرى هذا إلا رخصة رسول الله ﷺ لسالم خاصة، فما هو بداخل علينا أحداً بهذه الرضاعة ولا رائينا» رواه أحمد ومسلم والنسائي[2].

تنبيه: الأيفع: [الغلام][3].

(قال): ولو طلق الرجل زوجته ثلاثًا وهي ترضع من لبن ولده فتزوّجت بصبيّ مرضع فأرضعته حرّمت عليه، ثم تزوجت بآخر ودخل بها وطلقها أو مات عنها لم يجز أن يتزوجها الأول، لأنها صارت من حلائل الأبناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به.

(ش): أما تحريم المرضعة على الصبي المرضع فلأنها صارت أمه، فدخلت في قوله تعالى: ﴿أُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾[4] وأما امتناع تزويج الأول لها فلما علل به الخرقي من أنها صارت من حلائل أبنائه لأن المرضع ابن

---

(١) أخرجه أبو داود في النكاح (٩) وفي الحدود (٢٤)؛ وأخرجه مسلم في الرضاع (٢٦-٢٨، ٣٠) وفي الحدود (٢٣)؛ وأخرجه النسائي في النكاح (٥٣)؛ والدارمي في الحدود (١٧)؛ والإمام أحمد في ٥/ ٣٤٨ وفي ٦/ ١٧٤، ٢٠١، ٢٨٨، ٢٤٩، ٢٦٩.

(٢) الحديث رواه أحمد: ٦/ ٣١٢، والنسائي في سننه، كتاب النكاح باب رضاع الكبير: ٦/ ١٠٦.

(٣) من نسخ «د»، وساقط من «أ»، وبياض في نسخة «ج»، والأيفع: الغلام إذا شارف الاحتلام، ولّما يحتلم، وهو من نوادر الأبنية النهاية في غريب الحديث والأثر: ٥/ ٢٩٩.

(٤) سورة النساء: آية ٢٣.

له لما تقدم، والمرضعة زوجته، فهي من زوجات أبنائه. وقيود الخرقي – رحمه الله – واضحة.

(قال): ولو تزوج كبير وصغيرة فلم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين حرّمت عليه الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة.

(ش): أمّا تحريم الكبيرة فلأنها بإرضاعه صارت من أمهات نسائه وأمهات النساء يحرّمن بمجرد العقد. وأما ثبوت نكاح الصغيرة فلأنها قد صارت ربيبة ولم يدخل بأمها فلا تحرّم، لقول سبحانه: ﴿إِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[1] وهذا أشهر الروايتين عن أحمد، واختيار الخرقي وابن عقيل وغيرهما.

والراية الثانية: ينفسخ نكاح الصغيرة أيضًا لأنهما قد صارتا أمًا وبنتًا واجتمعتا في نكاحه، ولا ريب أن الجمع بينهما محرّم فينفسخ نكاحهما، كما لو عقد عليهما بعد الرضاع جملة.

وأجيب عن هذا بأن ازالة الجمع ممكن بانفساخ نكاح الكبيرة وهو أولى به لتحريمها بمجرد العقد بخلاف البنت فإنها لا تحرّم إلا بالدخول بالأم، والدوام يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء.

(قال): وإن كان دخل بالكبيرة حرّمتا عليه جميعًا.

(ش): الكبيرة لأنها صارت من أمهات نسائه، والصغيرة فلأنها صرت ربيبة مدخولًا بأمّها[2].

(قال): ويرجع بنصف مهر الصغير على الكبيرة.

(١) سورة النساء: آية ٢٣.

(٢) وإن كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتاً محرمة عله لوجهين: لكونها بنته وربيبته التي دخل بأمّها. (المغنى والشرح الكبير: ٩/ ٢١١).

(ش): لأن الكبيرة قررته عليه وألزمته إياه وأتلفت عليه ما في مقابلته، فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع. وقد تضمن كلام الخرقي أن عليه نصف مهر الصغيرة وهو كذلك لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها فتنصف مهرها. وفي كلامه أولًا إشعار بأن الكبيرة غير المدخول بها لا مهر لها، وهو واضح، إذ الفسخ لسبب من جهتها أشبه ما لو ارتدّت.

(قال): وإذا تزوج بكبيرة لم يدخل بها وبصغيرتين، فأرضعت الكبيرة الصغيرتين حرّمت الكبيرة، وانفسخ نكاح الصغيرتين ولا مهر للكبيرة، ويرجع عليها بنصف مهر الصغيرتين، وله أن ينكح من شاء منهما.

(ش): أما تحريم الكبيرة فأنها صارت من أمهات نسائه فشملها قوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ﴾ وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما قد صارتا أختين في نكاحه فينفسخ نكاحهما إذ ليست إحداهما بأولى بالبطلان من الأخرى فأشبه ما لو عقد عليهما ابتداء. وهذا بناء على ما تقدم من مختاره من أنه إذا أرضعت كبيرة وصغيرة أنه لا نفسخ نكاح الصغير، وإذن إذا أرتضعت الثانية قد صارتا أختين فينفسخ نكاحهما.

أما على الرواية الثانية فإن الصغيرة إذا انفسخ نكاحها مع الكبر فالصغيرة للثانية إذا ارتضعت لم يوجد ما يجمع معها فيبقي نكاحها.

وأما كونه لا مهر للكبيرة فلأن الفسخ جاء من جهتها.

وأما كونه يرجع عليها بنصف مهر الصغيرين فلما تقدم من أنها قررت ذلك عليه وألزمته له.

(قال): وإن كن الأصاغر ثلاثًا فأرضعتهن متفرقات حرّمت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولًا وثبت نكاح آخرهن رضاعًا.

(ش): إذا كن الأصاغر ثلاثًا فأرضعتهن الكبيرة متفرقات حرّمت الكبيرة لما تقدم وانفسخ نكاح المرضعتين أولًا لما تقدم من أنهما قد صارتا أختين

وقد جمع بينهما في النكاح فيبطل نكاحهما وثبت نكاح الأخرى لأنها لم توجد ما يجمع معه، وهذا أيضًا مبنيّ على ما تقدم.

وأما على الرواية الأخرى فإنه ينفسخ نكاح الجميع، نكاح الأولى مع الأم، ونكاح الثانية والثالثة لأنهما قد صارتا أختين.

(قال): وإن كانت أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معًا، حرّمت الكبيرة وانفسخ نكاح الأصاغر.

(ش): أما تحريم الكبير فواضح وقد تقدم.

وأما انفساخ نكاح الأصاغر فلأنه قد صار جامعًا بين ثلاث أخوات، لأن الأولى لم ينفسخ نكاحها، فلما أرضعت الاثنتين بعد ذلك حصل الجمع بين الجميع.

وأعلم أن انفساخ نكاح الأصاغر على الروايتين.

أما على المذهب فقد تقدم.

وأما على الرواية الأخرى فلأن الأولى ينفسخ نكاحها مع الكبرى، والأخريين ينفسخ نكاحهما لأنه قد صار جامعًا بينهما غايته أن وقت الفسخ يختلف فعلى الأولى ينفسخ نكاح الجميع في حالة واحدة.

وعلى الثانية ينفسخ نكاح الأولى مع الكبير، ويتأخر فسخ نكاح الأخريين إلى حين الإرضاع.

(قال): وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرّم النكاح إن كانت مرضية. وقد قال عبد الله في موضع آخر: إن كانت مرضية استحلفت فإن كانت كاذبة لم يحل الحلول حتى تبيضّ ثدياها. وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس – رضي الله عنهما–.

(ش): شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع على المذهب المشهور لما روي عن عقبة بن الحارث: «أنه تزوج أم يحي بنت أبي اهاب، فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما قال: فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فأعرض عني. قال: فتنحّيت، فذكرت ذلك له. فقال: كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما؟ فنهاه عنها»(1) أخرجه البخاري وغيره. وللنسائي قال: «فأعرض عنه، فأتيته من قبل وجهه قلت: إنها كاذبة. قال كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك».

وقال الزهري: فرّق بين أهل أبيات في زمن عثمان - رضي الله عنه - بشهادة امرأة في الرضاع. وقال الشعبي: كانت القضاة يفرّقون بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع. وعن أحمد رواية ثانية: لا يقبل بشهادة امرأتين، لأن الرجال أكمل من النساء، ولا يقبل إلا بشهادة رجلين فكذلك لا يقبل إلا بشهادة امرأتين.

وعنه ثالثة: تقبل شهادة المرأة الواحدة وتستحلف مع شهادتها اعتمادًا على قول ابن عباس – رضي الله عنهما -: «فإنه قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلًا وأهله فقال: إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته» وقال: « إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيضّ ثدياها» يعنى يصيبها فيهما برص عقوبة على كذبها. نسأل الله العافية من ذلك.

والظاهر أنه لا يقول مثل هذا إلا عن توقيف. وعلى كل حال فلا تقبل إلا شهادة مرضية، إذ غيرها يدخل في: ﴿إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بنبإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾(2).

---

(1) أخرجه البخاري في النكاح (٢٣) وفي البيوع (٣)؛ والترمذي في الرضاع (٤)؛ والنسائي في النكاح (٤٤، ٤٦، ٥٩، ٦١، ٦٧)؛ والدارمي في النكاح (٥١)؛ والإمام أحمد في ٤، ٧، ٨، ٣٨٤.

(2) سورة الحجرات الآية ٦.

(قال): وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول: هي أختي من الرضاع انفسخ النكاح.

(ش): لأن إقراره يتضمن ذلك، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده، وإنما ذكر الخرقي قبل الدخول لما يذكره من المهر. وكلام الخرقي يشمل ما إذا كانت معروفة النسب. وصرح بذلك القاضي في ضمن كلامه في التعليق.

(قال): فإن صدقته فلا مهر لها، وإن كذبته فلها نصف المهر.

(ش): إذا قال قبل الدخول: هي أختي من الرضاعة. فإن صدقته فلا مهر لإقرارها بفساد نكاحها من أصله ولا مهر في النكاح الفاسد قبل الدخول. وإن كذبته فلها نصف المهر لان حقّها ثبت بالعقد ظاهرًا، ودعوى الزوج بعد ذلك إسقاطه دعوى مجردة فلا تسمع.

(قال): ولو كانت المرأة هي التي قالت: هو أخي من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبّينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم.

(ش): أما كون المرأة زوجته في الحكم إذا قالت: هو أخي من الرضاعة فأكذبها ولا بّينة لها، فلأن بقاء النكاح من حقوق الزوج، ودعوى المرأة زواله دعوى مجرّدة فلا تسمع.

ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا أصدقها انفسخ النكاح، وهو كذلك للاتفاق على ما يقتضي الفسخ. ومقتضى كلامه أنها متى أقامت البّينة على ما ادّعته كان القول قولها وهو واضح إذا البّينة تبيّن الحق وتوضحه.

﴿كِتــابُ النفقات﴾

(قال): وعلى الزوج نفقة زوجته ما لا غنى بها عنها وكسوتها.

(ش): نفقة الزوجة واجبة في الجملة بالإجماع. وسنده قوله﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾[1] وقول الله تعالى: ﴿يُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾[2] الآية. وعن جابر - ﷺ- في حديثه الطويل: «أن رسول الله ﷺ خطب الناس فقال: اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[3] رواه مسلم وغيره. وفي حديث هند الصحيح «أن رسول الله ﷺ قال لها: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[4].

وإذا تقرر هذا، فقال الخرقي: إن الواجب على الزوج من النفقة ما لا غنى لها عنه وكسوتها، أي شيئًا لا تستغنى عنه، ومعناه ما لا بدّ منه. فظاهر هذا أن الواجب عليه هو أقل الكفاية، فكأنه اعتبر حال الزوج. وقد صرح بذلك أبو بكر في التنبيه فقال: إنها على قدر يسار الزوج وإعساره على اجتهاد الحاكم،

---

(١) الآية ٥٠ من سورة الأحزاب.

(٢) الآية ٧ من سورة الطلاق.

(٣) أخرجه مسلم في الحج (١٤٧)؛ وأبو داود في المناسك (٥٦)؛ وابن ماجه في المناسك (٨٤)؛ والدارمي في المناسك (٣٤)؛ والإمام أحمد في ٥/ ٧٣.

(٤) أخرجه البخاري في البيوع (٩٥)؛ والنسائي في القضاء (٣١)؛ وابن ماجه في التجارب (٦٥)؛ والدارمي في النكاح (٤١).

وأومأ إليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد فقال: أما نفقه خادم واحد فلا بدّ منه، وهو على قد اليسار.

وقال في رواية أبي طالب: إذا وجد ما يطعمها رغيفين ثلاثة، يعني لم تملك الفسخ، وذلك لظاهر قوله تعالى: ﴿يُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ الآية ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ ﴿سَيَجْعَلُ اللهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً﴾ وعن معاوية القشيري قال: «أتيت النبي ﷺ قال: فقلت: ما تقوله في نسائنا؟ قال: أطعموهن مما تأكلون، واكسوهن مما تلبسون، ولا تضربوهن، ولا تقبّحوهن»[1] رواه أبو داود. وأما في رواية أبي صالح: أن الاعتبار بحالها. فقال: إذا غاب عن زوجته يضرب لها في ما له بقدر نفقه مثلها. وذلك لحديث هند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وهو قضيّة عين.

وقد جمع القاضي في تعليقه بين كلامي أحمد، وجعل الاعتبار بحال الزوجين فيفرض للموسرة تحت الموسر نفقة الموسرين، وللفقيرة تحت الفقير نفقة الفقراء، وللمتوسطة تحت المتوسط إذا كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا نفقه المتوسطين[2]، وتبعه فيما علمت من بعده على ذلك جمعًا بين الدليلين.

(قال): فإن منعها أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف، كما قال النبي ﷺ لهند حين قالت: «إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

---

(١) فللموسرة: يفرض لها لحماً بما جرت عادة الموسرين بذلك الموضع. ولو تبرّمت بأدم نقلها إلى غيره والفقيرة: يفرض لها تحت الفقير أدون خبر البلد، ومن الأدم ما يناسبه، وكذلك اللحم. وعموماً. فإن النفقة مقدرة بالكفاية، وتختلف باختلاف من تجب عليه النفقه في مقدارها. وهذا هو الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب. (الإنصاف: ٩/ ٣٥٢).

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح (٤١).

(ش): قد ذكر الخرقي – رحمة الله – الحكم وهو ما إذا منعها الواجب عليه أو بعضه، ودليله وهو حديث هند الذي في الصحيح عن عائشة – رضي الله عنها –أن هندًا قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني [من النفقة][1] ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف وهو صريح في أن لها أن تأخذ بغير إذنه والحكم والواحد حكم لغيره إما بطريق عرف الشرع كما نقوله، أو بالقياس كما يقوله الأكثرون. وكان المعنى في ذلك أن الحاجة تدعو إلى ذلك إذ النفقة تجب كل يوم. فالمرافعة إلى الحاكم تشقّ أو تتعذر. فجوّز الشرع أخذ الكفاية بالمعروف رفعاً للحرج والمشقّة.

(قال) فإن منعها أو بعضه ولم تجد ما تأخذ منه واختارت فراقه فرّق الحاكم بينهما.

(ش): ظاهر هذا الكلام أنه منعها مع قدرته على الإنفاق [عليها] ولم تجد له مالًا تأخذ منه، ومختار أبي الخطاب في هدايته وأبي محمد: لها الفسخ والحال هذه، كما اقتضاه كلام المنصف لأن الإنفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الفسخ كحال الإعسار بل أولى إذ لا عذر هنا بخلاف ثم.

وقال ابن المنذر: «ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم. فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلّقوا. فإن طلّقوا بعثوا بنفقة ما مضى» واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ والحال هذه، لأن الفسخ ثم لعيب الإعسار ولم يوجد، ولأن الموسر المتنع في مظنّة إمكان الأخذ من ماله بخلاف المعسر.

---

(١) من نسخة «ج».

ويؤخذ من عموم كلام الخرقي أو من تنبيهه أنها إذا لم تجد ما ينفق عليها أصلاً أن لها الفسخ، وهو المنصوص والمشهور من الروايتين، والمختار للأصحاب لما تقدم عن عمر، ولقول الله سبحانه: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1]. وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكًا بمعروف، فيتعين التسريح. وعن أبي هريرة -ﷺ-، عن النبي ﷺ قال: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، فقيل: من أعول يا رسول الله؟ قال: امرأتك ممن تعول. تقول: أطعمني وإلا فارقني جاريتك تقول: أطعمني واستعملني. ولدك يقول: إلى من تتركني؟» رواه أحمد والدارقطني[2]. وقال أبو البركات بإسناد صحيح وعن أبي هريرة -ﷺ- أيضًا. عن النبي ﷺ في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: «يفرّق بينهما» رواه والدارقطني[3] وروى سعيد. عن سفيان. عن ابن أبي الزناد قال: «سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على زوجته أيفرّق بينهما؟ قال: نعم. قلت:سنّة؟ قال: سنّة» وهذا ينصرف إلى سنّة رسول الله ﷺ. ونقل عنه ابن منصور ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالإعسارها ما لم يوجد معها غرور فقال: إذا تزوج امرأة وهو مفلس، ولم تعلم المرأة لا يفرّق بينهما إلا أن يكون قال لها: عندي من العروض والأموال وغيرها من نفسها. إلا أن القاضي حمل هذا على الإفلاس بالصداق. وبالجملة قد قبل في وجه ذلك أنه حق لها عليه فلم يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين. وعلى هذه الرواية ترفع يده عنها لتكتسب ما تقتات به.

---

(١) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٢) أخرجه البخاري في النفقات (٢). وأبو داود في الزكاة (٣٩)، والنسائي في الزكاة (٥٣، ٦٠)، والإمام أحمد في ٢/ ٢٤٥، ٢٧٨، ٣٠٢، ٣٣٤، ٤٧٦، ٤٨٠، ٥٢٤، ٥٢٧. والدارقطني: ٣/ ٢٩٦، ٢٩٧.

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه: ٣/ ٣٩٧.

(قال): ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم.

(ش): أما كون الرجل يجبر على نفقة والديه وولده الذكور والإناث فليأت بالواجب وبيان الوجوب. أما في حق الوالدين فلقول الله تعالى: ﴿وَاعْبُدُواْ اللهَ وَلاَ تُشْرِكُواْ بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾[1] ومن الإحسان لهما الإنفاق عليهما عند حاجتهما إلى ذلك. وعن كليب بن منفعة عن جدّه -رضي الله عنهم-: «أنه أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله من أبرُّ؟ قال: أُمَّكَ وأَبَاكَ وأُخْتَكَ وأَخَاكَ ومولاك الذي يَلِي ذَاكَ حقّ واجب ورَحِم موْصُولة» رواه أبو داود[2]. وأما في حق الأولاد فلقول الله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[3] وقال ﴿وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[4] وحديث هند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» مع أن هذا إجماع في المسألتين في الجملة حكاه ابن المنذر فقال: أجمع أهل العلم على أن نفقه الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد وأجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم.

ويدخل في كلام الخرقي في الوالدين الأجداد والجدّات وإن علوا، وفي الولد ولد الولد وإن سفل، وهو كذلك بدليل [قوله سبحانه]: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ

(١) الآية ٣٦ من سورة النساء.

(٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في بر الوالدين: ٢/ ٦٢٩.

(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٤) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

﴿فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾[1] دخل فيه ولد البنين. وقال سبحانه: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ يدخل فيه الأجداد. وقال تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾[2].

واشترط الخرقي – رحمة الله – لوجوب النفقة على من تقدم شرطين: أحدهما: أن يكون المنفق عليهم فقراء أي لا مال لهم ولا كسب يقوم بكفايتهم، إذا النفقة تجب على سبيل المواساة، والغنيّ مستغن عن المواساة.

الثاني: أن يكون للمنفق ما ينفق عليهم أما من مال أو صناعة ونحو ذلك. فاضلًا عن نفقة نفسه وزوجته. لما روى جابر – ﷺ – أن النبي ﷺ قال لرجل: «إبدأ بنفسك فتصدّق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، وإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا»[3] رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي.

وعن طارق المحاربي –ﷺ– قال: «قدمت المدينة، وإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب وهو يقول: يد المعطي العليا، وابدأ بمن تعول: أمك وأباك وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك»[4] رواه النسائي.

---

(١) الآية١١ من سورة النساء.

(٢)الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٣) أخر مسلم فى الزكاة (٤١)؛ والنسائي في الزكاة (٦٠)؛ وفي البيوع (٨٤).

(٤)أخرجه البخاري في الزكاة (١٨)، وفي النفقات (٢)؛ وأخرجه الترمذي في الزكاة (٣٨) وفي الزهد (٣٢)؛ والنسائي في الزكاة (٥١، ٥٣، ٦٠)؛ والدرامي في الزكاة (٢١، ٢٢)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٤، ١٥٢، ٢٣٠، ٢٤٥، ٢٧٨، ٢٨٨، ٣١٩، ٣٥٨، ٣٦٢ ٣٩٤، ٤٠٢ وفي ٣/ ٣٣٠، ٣٤٦، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٣٤ وفي ٥/ ٢٦٢.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط غير ذلك، إلا أنه يذكر بعد: أن السيّد تلزمه نفقة رقيقه، ولا يلزم أبيه نفقته وإن كان حرًا، وهو كذلك بلا ريب. فإذن الشروط الثلاثة.

ثالثها: أن لا يكون أحدهما رقيقًا. ولا بد من شرط رابع: وهو أن يتّحد دينهما، فإن اختلف فلا نفقة لأحدهما على صاحبة لأن النفقة مواساة على سبيل البر والصلة ولا صلة مع اختلاف الدين، ولأنهما غير متوارثين فلا تجب لأحدهما نفقة على الآخر لو كان أحدهما رقيقًا. ولا نزاع في اشترط هذا الشرط في غير عمودي النسب، وفي عمودي النسب روايتان نص عليهما في الأب الكافر هل تجب عليه نفقة ولده المسلم، وخرّجهما القاضي في العكس، وأبو محمد ينصر عدم الوجوب مطلقًا عكس ظاهر كلام الخرقي، فإن ظاهره الوجوب في عمودي النسب لأنه لم يشترط ذلك. وعدم الوجوب في غيرهم كما هو متفق عليه لقوله بعد أجبر وارثه، فاشترط الإرث فدلّ على الاشتراط الاتفاق في الدين.

واختلف في شرط خامس، وهو أن المتفق عليه هل من شرطه أن يكون زمنًا ونحو ذلك، ولا يشترط ذلك لا نزاع فيما علمت أن الوالدين لا يشترط فيمها ذلك. وهو مقتضي كلام الخرقي.

واختلف فيمن عداهما، وعن أحمد ما يدل على روايتين، ومختار القاضي وأبي محمد: عدم الاشتراط مطلقًا كما هو ظاهر كلام الخرقي إناطة بالحاجة، وتمسكًا بقول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك [بالمعروف]» وهي واقعة عين.

(قال): وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه الذكور والإناث على نفقته على قدر ميراثهم منه.

(ش): كذلك الصبي أو الصبية إذا لم يكن له أب وكان فقيرًا، فإن وارثه وإن كان أنثى يجبر على نفقته، لقول الله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾(1). أي مثل ما وجب على المولود له، ولما تقدم من حديث جابر وطارق وكليب -رضي الله عنهم-، وهذا هو المشهور من الروايتين. وعن أحمد رواية أخرى: لا تجب النفقة إلا على العصبات، فعلى هذا لا تجب على العمة والخالة ونحوهما، إذا النفقة معونة فاختصّت بالعصبات كالعقل. وقال ابن المنذر: روى عن «عمر - ﷺ- أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء».

وعلى كلا الروايتين هل يشترط أن يرثهم بالفرض أو التعصب فى الحال أو لا يشترط ذلك، بل الشرط الإرث في الجملة؟ فيه روايتان، المختار منهما عند القاضي وأبي الخطاب وأبي محمد وغيرهم الأولى.

ويستثنى مما تقدم ذوو الأرحام من غير عمود النسب، فإن النفقة لا تجب لهم على المنصوص والمجزوم به عند كثيرين حتى قال القاضي رواية واحدة، إذ قرابتهم ضعيفة، وإنما يأخذون المال عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين، وخرّج أبو الخطاب وجوبها على توريثهم وهو قوي.

واشترط الخرقي لوجوب النفقة على الوارث أن لا يكون للمنفق عليه أب، فول كان له أب اختص بنفقته، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(2). وقال: ﴿وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾(3). وقال ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك [بالمعروف]» فجعل النفقة على أبيهم دونها، وحيث أوجبنا النفقة على الوارث، فإنها على قدر ميراثه من المنفق عليه، لأنه لو

(1) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.
(2) الآية ٦ من سورة الطلاق.
(3) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

ورث الجميع لوجب عليه الجميع فإذا ورث البعض وجب عليه بقدره، إذ السبب هو الإرث. وفرّع الخرقي على ذلك.

(قال): فإن كان للصبي أمّ وجدّ فإن على الأم ثلث النفقة، وعلى الجد الثلثين، وإن كانت جدة وأخًا فعلى الجدة السدس والباقي على الأخ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات.

(ش): لا ريب أن الأم والجد يرثان المال أثلاثًا، فتكون النفقة عليهما أثلاثًا، ولا ريب أن الجدة ترث السدس فيكون عليها من النفقة بقدر ذلك، والأخ يرث الباقي فيكون عليه باقي النفقة، وعلى هذا أبدا، فلو كان له أمّ أمَ، وأمّ أب، فالنفقة عليهما نصفان لتساويهما فى الإرث. وظاهر كلام الخرقي أنها تجب بالقسط، وإن كان بعضهم موسرًا والآخر معسرًا، وهذا إحدى الروايتين.

والرواية الأخرى تجب على الموسر الحال هذه كل النفقة، ففي الجدة والأخ إذا كان موسرًا والجدّة معسرة، هل على الأخ خمسة أسداس النفقة حصّة إرثه أو كلّها، لأن من منعه كالمعدوم على الروايتين.

(قال): وعلى المعتق نفقة معتقة إذا كان فقيرًا لأنه وارثه.

(ش): هذا مبنيّ على ما تقدم من أن الوارث تجب عليه نفقه مورثه. ، وحديث كليب، وقد تقدم صريح في ذلك. ويتشرط في وجوب الإنفاق الشروط المذكورة، إذ هذا فرع مما تقدم.

(قال): وإذا تزوجت الأمة لزم زوجها أو سيّدها إن كان مملوكًا نفقتها.

(ش): يلزم زوج الأمة نفقتها إن كان حرًا لأنها زوجته، فتدخل في عموم ما تقدم، وكذلك إن كان عبدًا، نظرًا للعموم أيضًا، ولأنه عوض واجب في النكاح، فوجب على العبد كالمهر، ثم هل تكون في ذمة السيّد لإذنه في النكاح المفضي إلى إيجابها، أو في رقبة العبد إذ الوطء في النكاح بمنزلة الجناية، وجناية

العبد في رقبته، فكذلك ما يتعلق بالوطء أو في كسب العبد على ثلاث روايات، المشهور منهن الأولى.

(قال): وإن كانت تأوي بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده.

(ش): لأن النفقة تابعة للتمكين، والتمكين وجد للزوج في الليل فيختص بنفقة الليل، وتجب نفقة النهار على المولى بأصل الملك، ثم هل تجب النفقة عليهما نصفان قطعًا للتنازع، وهو الذي جزم به أبو محمد، أو تجب نفقة الليل وتوابعه من الغطاء والوطاء ودهن المصباح ونحوه على الزوج، وما يتعلق بالنهار على السيّد، وهو الذي أورده أبو البركات مذهبًا. فيه وجهان. وقد علم من هذه المسألة أن المسألة السابقة فيما إذا سلمت الأمة ليلًا ونهارًا.

(قال): فإن كان لها ولد لم يلزم الزوج نفقة ولده منها حرًا كان الزوج أو عبدًا، إذ نفقتهم على سيّده.

(ش): قد تقدمت الإشارة إلى هذا، وذلك لأن ولد الأمة من نمائها فيكون لسيدها بلا ريب، ونفقة المملوك على سيّده لما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وعن أحمد رواية أخرى أن ولد العربي يكون حرًا وعلى أبيه فداؤه. فعلى هذا تكون نفقته عليه[1].

(قال): وليس على العبد نفقة ولده حرّه كانت الزوجة أو أمة.

(ش): لأن العبد لا مال له فتجب عليه النفقة. ولو قيل يملك. فملكه ناقص لا يحتمل المواساة.

(قال): وعلى المكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المكاتب.

---

(١) ولو أعتق الولد سيّده، أو علق بولادته، أو تزوج الأمة على أنها حرة. فولده منها أحراراً، وعلى أبيهم نفقتهم في هذه المواضع كلها إذا كان حراً وتحققت فيه شروط الإنفاق. (المغني والشرح الكبير: ٩/ ٢٧٦).

(ش): ولد المكاتبة يتبعها دون أبيه وإن كان مكاتبًا، بناء على القاعدة من أن الولد يتبع أمه في الحرية والرق، وإذا تبعها وقف معها فإن عتقت بالأداء عتق، وإن رّقت رقّ. وإذن نفقته عليها لأن له حكم نفسها، ولا ريب أن نفقة نفسها عليها فكذلك ولدها.

(قال): وعلى المكاتب نفقه ولده من أمته.

(ش): لأن ولده من أمته يتبعه، فيصير حكمه حكمه. فتجب عليه نفقته لما تقدم، وتقييده بأمته لأن ولده من غير أمته إما أن يكون من حرّة فيكون حرًا، والمكاتب لا تجب عليه نفقة قريبه الحرّ. لأنه وإن ملك لكنه محجور عليه في ذلك، وإما أن يكون من مكاتبه فيتبعها ويعطى حكمها كما تقدم، وإما أن يكون من أمة لسيّده أو لأجنبي فالأجنبي يتبعها في رقها وتجب نفقته على سيّده، ولسيّده كذلك، اللهم إلا أن يشترط أن ولده يتبعه فإن نفقته تجب عليه إناطة بالتبعية. وهذا هو التحقيق تبعًا لأبي البركات.

ووقع لأبي محمد أن للمكاتب ان ينفق على ولده من أمة لسيّده معللًا بأنه مملوك لسّده. فينفقا عليه من المال الذي تعلّق به حق سيّده، وله احتمالان فيما إذا كان الولد من مكاتبه لسّده.

﴿باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج﴾

(ش): لما تقدم له أن النفقة تجب للزوجة، ذكر الحال التي تجب فيها النفقة، فقال – رحمة الله-:

(قال): وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ. فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة.

(ش): فظاهر هذا أن النفقة تجب بالعقد ما لم تمنعه نفسها، ولا منعه أولياؤها، هذا إحدى الروايتين عن أحمد، لأن العقد سبب الوجوب فترتّب الحكم عليه.

والرواية الثانية: لا تجب النفقة إلا بالتسليم أو ببدله، حيث لزمه القبول، وهو المشهور لأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع. وذلك بالتمكين منه[1]. ومع عدم التسليم أو بذله لم يوجد، ولأن النبي ﷺ تزوج عائشة -رضي الله عنها- ودخلت عليه بعد مدّة. ولم ينقل أنه أنفق إلا بعد دخوله، ولا أنه كان يرسل نفقة ما مضي. وفي الاستدلال بهذا نظر فإن من شرط وجوب النفقة على كل حال كون مثلها يوطأ، كما ذكره الخرقي، وعائشة -رضي الله عنها- حين تزوجها ﷺ كانت بنت ست سنين على الصحيح، ومثلها لا يوطأ غالبًا.

والخرقي -رحمة- أطلق من يوطأ مثلها ولم يقيّده بسنّ، وكذا جماعة كثيرة من أصحاب القاضي منهم أبو الخطاب في الهداية وابن عقيل، والشيرازي وتبعهم على ذلك أبو محمد مصرحًا به، وأناط ذلك القاضي بابنة تسع سنين. وتبعه على ذلك أبو البركات. وهو مقتضى نص أحمد، قال في رواية صالح وعبد الله، وسئل: متى يؤخذ الرجل بنفقة الصغيرة، فقال: إذا كان مثلها يوطأ تسع سنين، ولم يكن الحبس من قبلهم، ففسّر من مثلها يوطأ بتسع سنين. وقد يحمل إطلاق من أطلق من الأصحاب على ذلك، فإذن أبو محمد منفرد عنهم.

---

(١) وجملة ذلك، أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين:
١- أن تكون كبيرة يمكن وطؤها. فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء، فلا نفقة لها.
٢- أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها. فإن منعت نفسها، أو منعها أولياؤها، أو تساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب، فلا نفقة لها، وإن أقاما على ذلك زمناً. (المغني والشرح الكبير: ٨/ ٢٨٢).

وقول الخرقي: «مثلها يوطأ» يريد به – والله أعلم- في السن، فلو كان بها رتق أو قرن أو مرض ونحو ذلك ومثلها في السن توطأ فلا يخلو إما أن يكون هذا المانع يمنع الاستمتاع بالكلّيّة أو لا، فإن لم يمنعه بالكلّيّة وجبت النفقة للتمكّن من الاستمتاع الواجب في الجملة وإن منع الاستمتاع بالكلّيّة لمرض كذلك أو إجرام ونحو ذلك، فإن لم يرج زواله وجبت النفقة، إذا لا حال لها ينتظر، وإن رجي زواله كالإحرام ونحوه انتظر زوال ذلك ولم تجب النفقة، لأنها والحال هذه كالصغيرة.

(قال): وإذا كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صغيرًا أجبر وليّه على نفقتها من مال الصبي.

(ش): الحال التي وصفها أن يكون مثلها توطأ ولم تمنع نفسها ولا منعها أولياؤها، وإذا كان زوجها والحال هذه صغيرة وجبت عليه نفقتها[1]، لأن المنع جاء من قبل الزوج لا من قبلها، أشبه ما لوم كان غائبًا وعلى المشهور لابد أن تسلم نفسها أو تبذل له ذلك إذا تقرر هذا فالمخاطب بالنفقة هو الوليّ، كما يخاطب بإداء بقية الواجبات عنه، والأداء من مال الصبي كما في بقية الواجبات.

(قال): فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرّق الحاكم بينهما.

(ش): قد تقدم الكلام على هذا، وأنه يؤخذ من كلام الخرقي تنبيهًا.

ويؤخذ من كلامه هنا تصريحًا، ويزيد هنا بأن الفرق في الفسخ للإعسار بالنفقة، وهو الحاكم لأنه أمر مختلف فيه، والأمور المختلف فيها تقف على الحاكم.

(قال): وإن طالب الزوج بالدخول وقالت: لا أسلّم نفسي حتى أقبض صداقي كان ذلك لها ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها.

---

(١) لانها سلمت نفسها تسليماً صحيحاً فوجبت لها النفقة، كما لو كان الزوج كبيراً. ولأن الاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهة الزوج، (المغني والشرح الكبير: ٩/ ٢٨٤).

(ش): إذا طالب الزوج بالدخول وامتنعت المرأة حتى تقبض صداقها فلها ذلك، لأن عليها في التسليم قبل قبض صداقها ضررًا، والضرر منفيّ شرعًا، وبيان الضر أنها إذا سلّمت نفسها قد تستوفي معظم المنفعة المعقود عليها، وهو الوطء، فإذا لم يسلّم إليها عوض ذلك وهو الصداق لا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها فيلحقها الضرر، وفارق المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن فإنه يمكنه الرجوع فيه. وإذا كان لها الامتناع لأجل قبض الصداق مع بذلها للتسليم فلها النفقة لأن امتناعها في الحقيقة إنما جاء من جهة الزوج.

وكلام الخرقي يشمل الصداق الحال والمؤجل، وهذا الحكم إنما هو في الحال، أما المؤجل فليس لها الامتناع إذ لا حقّ لها تطالب به، إذ حقّها قد رضيت بتأخره، نعم لو حلّ المؤجل قبل التسليم، فهل لها الامتناع نظرًا إلى الحال الراهنة، أو ليس لها الامتناع نظرًا إلى ما دخلت عليه ابتداء، فيه وجهان.

(قال): وإذا طلّق الرجل زوجته طلاقًا لا يملك رجعتها فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن تكون حاملًا.

(ش): إذا بانت المرأة من زوجها بطلاق أو فسخ أو غير ذلك، فلا يخلو إما أن تكون حاملًا أو حائلًا، فإن كانت حاملًا فلها النفقة والسكنى إجماعًا، وسنده قوله سبحانه: ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[1]، ولأن الحمل ولده، ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها فوجب نظرًا إلى أن ما يتوقف عليه الواجب واجب، وإن كانت حائلًا فلا نفقة لها على المشهور المعروف، لما روت فاطمة بنت قيس – رضي الله عنها–: «أن

(١) الآية ٦ من سورة الطلاق.

زوجها طلّقها البتة وهو غائب عنها، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته. فقال: والله ما لك علينا من شيء: فجاءت رسول الله ﷺ، فذكرت ذلك [له]. فقال: ليس لك عليه نفقة» وفي لفظ: «ولا سكنى. فأمرها أن تعتدّ في بيت أمّ شريك»[1] متفق عليه. وعن الشعبي عن فاطمة أيضًا، عن النبي ﷺ في المطلّقة ثلاثاً قال: « ليس لها سكنى ولا نفقه» رواه أحمد و مسلم.

وفي رواية عنها قالت: «طلّقي زوجي ثلاثًا، فلم يجعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة»[2] رواه الجماعة إلا البخاري. وأيضًا قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[3] مفهومه أنهن إذا لم يكنّ أولات حمل لا نفقة لهن. وقد اعترض على خبر فاطمة بأن من شرط قبول خبر الواحد أن لا ينكره السلف، وهذا الخبر قد أنكر، فعن الشعبي انه حدّث بحديث فاطمة بنت قيس: «أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة» فأخذ الأسود بن يزيد من حصباء فحصبه به، وقال ويلك، تحدث بمثل هذا قال عمر -ﷺ-: «لا نترك كتاب الله وسنّة نبيّنا لقول امرأة، لا ندري لعلها حفظت أو نسيت» رواه مسلم وغيره. وعن هشام بن عروة عن أبيه قال: «لقد عابت ذلك عائشة اشدّ العيب يعني حديث فاطمة بنت قيس-رضي الله عنها -

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق (٤)؛ ومسلم في الرضاع (٧٤، ١٠٤)؛ وأبو داود في الطلاق (١٠، ١٤، ٣٩)؛ والإمام مالك في الطلاق (٣٧، ٣٨، ٣٩، ٤٤)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٦٥ وفي ٢/ ٦٢ وفي ٦/ ٩٦، ١٩٣.

(٢) أخرجه مسلم في الرضاع (١٠٣، ١٠٩، ١١١، ١١٣، ١١٤، ١١٧)؛ وأبو داود في الطلاق (٣٩)؛ والترمذي في النكاح (٣٨)؛ وفي الطلاق (١٠)؛ والدارمي في الطلاق (١٠)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٣٧٣، ٤١١، ٤١٣، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧.

(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق.

فقالت: إن فاطمة كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها، فلذلك أرخص لها رسول الله ﷺ» رواه أبو داود وابن ماجه وأخرجه البخاري تعليقًا وعن سليمان بن يسار في خروج فاطمة قال: إنما كان ذلك سوء الخلق[1] رواه أبو داود مرسلًا. وعن ميمون بن مهران قال: «قدمت المدينة فدفعت إلى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلّقت فخرجت من بيتها. فقال سعيد: تلك امرأة فتنت الناس، إنما كانت لسنة فوضعت على يدي ابن مكتوم» .

وقد أجيب بأن هذا ليس بشرط عندنا، إنما الشرط صحة الخبر ولا ريب في صحة خبرها.

وقد قال أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد عن الأمور المختلفة عن رسول الله ﷺ. وقد رد أحمد الأمرين بعض الخلفاء مثل حديث فاطمة بنت قيس، هل لنا العمل بما يرد الخليفة؟ فقال: كان ذلك منه على احتياط. وقد كان عمر - ﷺ -: يقبل من غير واحد قوله وحده، ولا يكون ذلك دفعًا للآخر.

ثم انكار عمر قد طعن في صحته الإمام أحمد. قال أبو داود: سمعت أحمد، وذكر له حديث عمر: «لا ندع كتاب ربنا وسنّة نبيّنا» يصح هذا عن عمر قال: لا.

وقال الفضل بن زياد: كتبت إلى أبي عبد الله أسأله عن المطلّقة ثلاثًا هل لها سكنى أو نفقة؟ وكيف حديث فاطمة؟ فأتاني الجواب، أما الذي يذهب إليه، فعلى حديث فاطمة، وأما ما يروى عن عمر أنه قال: «لا ندع كتاب ربّنا وسنّة نبيّنا لقول امرأة» فإنّا نرى أن ذلك وهم ممن روى عن عمر،

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٤٠)؛ والترمذي في البر (٤١)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٨٥.

لأن الكتاب تطلّق لعدّتها قال: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[1] وقال ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[2].

فإن قيل: حديث عمر قد رواه مسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم، قيل: لقد أنكره شيخهم، ومن هو أعلم بالآثار منهم، ثم يدل على ضعفه اختلاف ألفاظه ففي السنن ما تقدم، وقال أحمد وقد ذكر له هذا، فقال: أمّا هذا فلا ولكن قال: لا نقبل في ديننا قول امرأة.

وقال الدارقطني: قوله: وسنّة نبيّنا غير محفوظ لم يذكرها جماعة من الثقات. ثم لو صح ذلك لم يكن فيه حجة، إذ لا حجة لأحد مع رسول الله ﷺ. ثم إن عمر -رضي الله عنه- أسند في إنكاره إلى كتاب الله وسنّة الرسول، ولا يعرف في سنّة الرسول ﷺ ما يخلف خبر فاطمة، وكذلك ليس في الكتاب ما يخالفه كما تقدم عن أحمد، فإن الآية الكريمة إنما تدل على الطلاق الرجعي والإنفاق على الحامل نفقة والد على ولده لا نفقة زوج على زوجته.

وقد قال النسائي: سألت أبا عبد الله: ما تقول في حديث عمر «لا ندع كتاب ربّنا وسنّة نبيّنا لقول امرأة» لعلّها نسيت أو شبه لها. فقال لا نعرف في كتاب الله لها ذكر ولا في سنّة رسول الله ﷺ.

وقال إسماعيل بن اسحاق: نحن نعلم أن عمر لا يقول: «لا ندع كتاب ربّنا» إلا لما هو موجود في كتاب الله تعالى، والذي في الكتاب أن لها النفقة إن كانت حاملًا لقول سبحانه: ﴿إِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[3] أما غير ذات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن

(١) الآية ١ من سورة الطلاق.

(٢) الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) الآية٦ من سورة الطلاق.

لاشتراطه الحمل في الأمر بالإنفاق ورضي الله عن فاطمة، فعن عبيد، وهو أبو عبيد الله بن عتبة قال: «أرسل مروان إلى فاطمة فسألها، فاخبرته أنها كانت عند أبي حفص، وكان النبي ﷺ أمّر علي بن أبي طالب على بعض اليمن، فخرج معه زوجها، فبعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها، وأمر عياش بن أبي ربيعة، والحارث بن هشام أن ينفقا عليها: فقالا: والله ما لها نفقة إلا أن تكون حاملًا. فأتت النبي ﷺ فقال: لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا. فاستأذنته في الانتقال فأذن لها. فقالت: أين أنتقل يا رسول الله؟ فقال: عند ابن أمّ مكتوم. وكان أعمى، تضع ثيابها عند ولا يبصره، فلم تزل هناك حتى مضت عدّتها، فأنكحها النبي ﷺ أسامة. فرجع قبيصة إلى مروان فأخبره بذلك. فقال مروان: لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة، فسنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها. فقالت: فاطمة حين بلغها ذلك: بيني وبينكم كتاب الله. قال الله تعالى﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ قالت: فأي أمر يحدث بعد الثلاث»[1] رواه مسلم وأبو داود والنسائي.

وزعم أبو مسعود الدمشقي أنه مرسل، فقد بيّنت -رضي الله عنها- أن الكتاب إنما دال على ما قالت.

وأما قول عائشة – رضي الله عنها-: «أن نقلتها إنما كان لكونها كانت في مكان وحش» فليس فى حديثها ما يدل على ذلك، ولو كان فيه لما جاز لها تركه، بل قد تقدم عنها في مسلم أنها قالت: عن النبي ﷺ في المطلّقة ثلاثًا قال: «ليس لها سكنى ولا نفقه» وهذا يشملها وغيرها. وقد تقدم أيضًا في السنن أن النبي ﷺ قال: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا» فعللّ استحقاقها النفقة بالحمل، ولو كان استحقاقها النفقة بالطلاق لكان ذكر الحمل عديم التأثير.

(١) أخرجه مسلم في الطلاق (٤٢)؛ والنسائي في الطلاق (٧٠، ٧٢)؛ والترمذي في الطلاق (٥) وفي النكاح (٣٨)؛ والإمام أحمد في ٦/ ٤١٣، ٤١٦.

وما ذكر عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار، فالجواب عنه كذلك ثم.

وقد خالف عمر وعائشة وابن عباس- رضي الله عنهما-. قال أحمد: روى عن ابن عباس -رضي الله عنهما-، قال: «لا نفقه لها ولا سكنى إذا طلّقت ثلاثًا» ويروى ذلك عن علي-رضي الله عنهما-. وإذا وقع التنازع بين الصحابة وجب الرجوع إلى الله وإلى الرسول. انتهى.

وفي السكنى لها روايتان.

إحداهما: لا سكنى لها، وهي اختيار الخرقي والقاضي وغيرهما اعتمادًا على حديث فاطمة المتقدم.

والثانية: لها السكنى، اعتمادًا على قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾[1] الآية.

وقد يجاب عنه بأنه في الرجعية كما تقدم. هذا كله إذا كان الطلاق بائناً كما تقدم، أما إن كان رجعياً فلها السكنى والنفقة بلا نزاع، للآية الكريمة وفي خبر فاطمة – رضي الله عنها – ، أن النبي ﷺ قال لها: «إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة فإذا لم تكن له عليها رجعة فلا نفقة لها ولا سكنى»[2] رواه أحمد. ولأنها في حكم الزوجات في الإرث والطلاق وغير ذلك. فكذلك في النفقة. والله أعلم.

(قال): وإذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا لولدها حتى تفطمه.

(ش): إذا خالعت الحامل زوجها ولم تبرئه من حملها فلها النفقة السكنى كما تقدم. وإن أبرأته من حملها بأن جعلت ذلك عوضًا في الخلع، فإن يصح بناء على ما تقدم من صحة الخلع بالمجهول.

---

(١) الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في ١/ ٢٤٥.

ثم إن عيّنت مدة الحمل والكفالة إلى حين الفطام صح، وكذلك إن أطلقت الكفالة، وينصرف عند التنازع إلى حولين. وإن أطلقت مدة الحمل فقط انصرف إلى زمن الحمل قبل وضعه. قاله أبو محمد.

وظاهر كلام الخرقي أن ينصرف إلى زمن الرضاع أيضًا. وقال القاضي إنما صح المخالعة على نفقة الولد، وهي للولد دونها لأنها في حكم المالكة لها لأنها المستحقة لها، وبعد الولادة تأخذ أجر رضاعها. وقال: فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك. فلا يصح أن يعاوض به لأنه ليس لها ولا هو في حكم ما هو لها فكأنه يخصص كلام الخرقي. والله أعلم.

(قال): والناشز لا نفقة لها، فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها.

(ش): الناشز لا نفقة لها، لأن النفقة وجبت في مقابلة تمكينها، ومع النشوز لا تمكين، وإن كان لها منه ولد أعطاها نفقته لأنها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير، وهذا يلتف إلى قاعدة وهو أن النفقة هل تجب للحامل لحملها أو لها من أجله؟ فيه يلتفت إلى قاعدة وهو أن النفقة هل تجب للحامل لحملها أو لها من أجله؟ فيه روايتان أشهرهما أنها للحمل. وهي اختيار الخرقي وأبي بكر والقاضي في تعليقه وغيرهم.

والثانية: أنها لها من أجله واختارها ابن عقيل في التذكرة.

وللخلاف فوائد: إحداها: هذه المسألة، وهي الناشز الحامل على الرواية الأولى لها نفقة الحمل لما تقدم، وعلى الثانية لا شيء لها [لنشوزها][1].

الثانية: إذا كانت المطلّقة أمة، فعلى الأولى النفقة على السيّد لأن الحمل ملكه، وعلى الثانية: على الزوج لأن نفقتها عليه.

(١) أخرجه أبو داود في الطلاق (٣٥).

الثالثة: إذا كان الزوج عبدًا، فعلى الأولى لا شيء عليه لأنه لا تلزمه نفقة ولده، وعلى الثانية عليه النفقة لما تقدم.

الرابعة: إذا كانت حاملًا من نكاح فاسد أو وطء شبهة أو ملك يمين، فعلى الأولى تجب لها النفقة نظرًا للولد.

وعلى الثانية لا تجب، إذ لا نكاح.

الخامسة: إذا كان الزوج غائبًا أو معسراً، فعلى الأولى لا شيء لها إذ نفقة القريب تسقط بمضي الزمان وبالإعسار، وعلى الثانية تثبت في ذمة الغائب فلتزم المعسر. والله أعلم.

﴿باب من أحق بكفالة الطفل﴾

(ش): كفالة الطفل واجبة، لأن الصبي يهلك بتركها فوجبت كالإنفاق عليه ويتعلق بها حق لقرابته لما سيأتي. والله أعلم.

(قال): والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلّقت.

(ش): إذا افترق الزوجان وبينهما ولد فالأم أحق به في الجملة إن كان طفلاً بلا خلاف نعلمه، لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده: «أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلّقني وأراد أن ينزعه مني. فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي» رواه أحمد وأبو داود وهذا لفظه. ويروى: «أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب- رضي الله عنهما- بعاصم لأمّه، أمّ عاصم. وقال: ريحها وشمّها ولطفها خير له منك» رواه سعيد في سننه. ولأنها أقرب الناس إليه مع أبيه، وتتميز عن الأب بأنها تلي بنفسها، والأب لا يلي بنفسه.

وحكم المعتوه حكم الطفل لا ستوائهما معنى فاستويا حكما.

ويشترط فيمن تثبت له الحضانة: الحرية، والبلوغ، والعادلة الظاهر والله أعلم.

(قال): وإذا بلغ سبع سنين خيّر بين أبويه فكان مع من اختار منهما.

(ش): أي إذا بلغ الغلام سبع سنين وهو عاقل – لما تقدم له من أن حضانة المعتوه لأمّه.

والمذهب المشهور أن الغلام والحال هذه يخيّر بين أبويه، لما روى عن أبي هريرة- ﷺ-: «أن النبي ﷺ خيّر غلامًا بين أبيه وأمّه»[1] رواه أحمد، وابن ماجه، والترمذي وصحّحه.

وفي رواية: «أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ، وأنا قاعد عنده، فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد ساقني من بئر أبي عتبة وقد نفعني فقال له رسول الله ﷺ: استهمّا عليه. فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: هذا أبوك وهذه أمّك، فخذ بيد أيّهما شئت. فأخذ بيد أمه فانطلقت به»[2] مختصر رواه أبو داود.

وعن عمر -ﷺ-: «أنه خيّر غلامًا بين أبيه وأمه» رواه سعيد وعن عمارة الجرمي قال: «خيّرني عليّ -ﷺ- بين عمي وأمي وكنت ابن سبع سنين أوثمان» وروى نحو ذلك عن أبي هريرة، ولا يعرف أنه مخالفًا.

ولأن الحضانة تثبت لحظّ الوالد، فيقدم فيها من هو أشفق به.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (٢٢)؛ والترمذي في الأحكام (٢١)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٤٦.

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق(٣٥).

ولا ريب أن ميل الولد إلى أحد الأبوين دليل على أنـه أشـفق بـه فـرجح بذلك، وإنما قيدناه بالسبع لأن إذن بلغ حدًا يعرب عن نفسه ويميّز بين الإكرام وضده، ولأنه أول حال أمر الشرع بمخاطبته فيها.

وعن أحمد رواية أخرى أن الأم أحق به لما تقـدم مـن حـديث عمـرو بـن شعيب ولا ريب أن حديث أبي هريرة- ﷺ- أخص منه فيقدم.

وعنه رواية ثالثة: الأب أحق بـه لأنـه إذن يحتـاج إلى التأديـب والتعلـيم، والأب أخص بذلك، ولا ريب أنها أضعفهن لمخالفتها الحديثين معًا. وقد ذكـر الخرقي – رحمة الله – حكم الطفل وحكـم الغـلام ولم يتعـرض لحكـم البـالغ، والحكم أنه يكون حيث شاء إن كان رشيدًا.

تنبيه: يحاقني أي ينازعني في حقي منه. والله أعلم.

(قال): وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها.

(ش): هذا هو المذهب المعـروف، نظـرًا إلى أن المقـصود بالحـضانة حـظ الولد، والحظ للجارية بعد السبع كونها عند أبيها لقيامه بحفظها، ولأنـه وليّهـا وأعلم بكفؤها، ومنه تخطب وتزوّج.

وفي المذهب رواية أخرى ذكرها القاضي في تعليقه أن الأم أحق بهـا حتـى تبلغ. ولفظها من رواية مهنا: الأم أحق بالجارية حتي تستغني. قيل له وما غنـي الجارية قال: حتى تتزوج. ويستدل لذلك بقول النبي ﷺ: «أنت أحـق بـه مـا لم تنكحي» وبقصة ابنـة حمـزة. ويرشـحه أن في الحـديث: «مـن فـرّق بـين والـدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة»[1] والله أعلم.

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (٥٢) وفي السير (١٧)؛ وابـن ماجـه في التجـارات (٤٦)؛ والـدارمي في السير (٣٨)؛ والإمام أحمد في ٥/ ٤١٣، ٤١٤.

(قال): وإذا لم تكن أمّ أو تزوجت الأم فأمّ الأب أحق من الخالة.

(ش): إذا لم تكن أمّ، أو تزوجت الأم، أو قام بها مانع من فسق ونحوه فإن الأم للأب مقدّمة على الخالة على المشهور من الروايتين، والمختار لعامة الأصحاب لأنها جدة وارثة فقدمت كأمّ الأم، ولأن لها ولادة ووراثة فأشبهت أمّ الأم وعن أحمد رواية أخرى: أن الأخت من الأم والخالة يقدّمان على الأب، استدلالًا بحديث ابنة حمزة، فعن البراء بن عازب – رضي الله عنهم –: «أن ابنة حمزة اختصم فيها عليّ وجعفر وزيد – رضي الله عنهم –، فقال عليّ: أنا أحق بها، هي ابنة عمي. وقال جعفر: هي بنت عمي وخالتها تحتي. قال زيد: ابنة أخي. فقتضي بها رسول الله ﷺ لخالتها. وقال: الخالة بمنزلة الأم»[1] متفق عليه ورواه أحمد أيضًا من حديث علي – رضي الله عنه – وفيه: «والجارية عند خالتها، فإن الخالة والدة» وكذلك رواه أبو داود من حديث علي – رضي الله عنه – وقال: «إنما الخالة الأم» فجعل الخالة بمنزلة الأم.

ولا ريب أن الأم مقدمة على أم الأب، فكذلك من بمنزلتها، وهذا ظاهر في الاستدلال، فعلى هذه الرواية قال أبو الخطاب ومن تبعه: يكون هؤلاء أحق من الأخت من الأم ومن جميع العصبات.

وقال أبو البركات: يحتمل على هذه الرواية تقديم نساء الحضانة على كل رجل. ويحتمل أن يقدمن إلا على من أدلين به. ويحتمل تقديم نساء الأم على الأب وأمهاته وسائر من في جهته، وأن كل امرأة في درجة رجل تقدم هي ومن أدلى بها عليه [وعلى من أدلى به][2].انتهى.

---

(١) أخرجه البخاري في الصلح (٦) وفي المغاري (٤٣)؛ وأبو داود في الطلاق (٣٥)؛ والترمذي في البر (٦).

(٢) من نسخة «د».

وعلى الأولى ظاهر كلام الخرقي أن أمّ الأب مقدمة على أمّ الأم لقوله: فإن لم تكن أمّ أو تزوجت الأم فأمّ الأب أحق من الخالة. وصرّح بذلك بعد في قوله: والأخت من الأم أحق من الاخت من الأب وخالة الأب أحق من خالة الأم وهذا أحد الروايتين، وهو أن قرابة الأب كأمه وأخته، ومن يدلى به، هل يقدم على قرابة الأم كأمها وأختها ومن يدلى بها على روايتين منصوصتين، إحداهما: قرابة الأب مقدمة، كما يقول الخرقي: وهو مقتضى قول القاضي في تعليقه، وفي جامعه الصغير، وللشيرازي وابن البنا لتقديمهم الأخت للأب على الأخت للأم، وذلك لان التمييز له مزية في التقديم وقرابة الأب ساوت قرابة الأم في القرب وتميّزت عنها بإدلائها بعصبة.

والرواية الثانية: قرابة الأم مقدمة، وهو اختيار القاضي في روايتيه، وابن عقيل في تذكرته لتمييز قرابة الأم بإدلائها بمن تقدم على الأب وهو الأم. وقد تضمن كلام الخرقي أن المرأة إذا تزوجت سقطت حضانتها، وهو المذهب في الجملة بلا ريب لما تقدم من قوله ﷺ:«أنت أحق به ما لم تنكحي». وعنه في الجارية خاصة لا تسقط حضانتها بالتزويج نظرًا لحديث ابنة حمزة، فإن النبي ﷺ قضى بها لها مع كونها كانت مزوجة.

وأجيب عن هذا بأنها كانت مزوّجة لقريب، وإنما تسقط الحضانة إذا كانت زوّجت بأجنبي، وهذه مسألة تستثنى من كلام الخرقي وهو أن التزويج مسقط للحضانة بقريب الطفل، وقيل شرط القريب أن يكون جدًا للطفل ومقتضي كلام أبي محمد في المغني: أن من شرطه أن يكون من أهل الحضانة، وإذن لا يحسن منه الجواب عن الحديث، لأن جعفر -رضي الله عنه- كان ابن عمّها، وليس هو من أهل الحضانة. وحيث قيل إن التزويج مسقط للحضانة، فذلك

بمجرّده من غير دخول على مقتضى كلام الخرقي وعامة الأصحاب إعمالًا لظاهر الحديث، ولأبي محمد احتمال أن حقّها لا يسقط إلا بالدخول نظراً إلى المعنى المقتضى لإسقاط حقّها بالتزويج وهو الاشتغال بالزوج والتخصيص به ذلك منتف قبل الدخول. والله أعلم.

(قال): والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة وخالة الأب أحق من خالة الأم.

(ش): قد تقدم هذا، وأن مذهب الخرقي أن قرابة الأب تقدم على قرابة الأم فلا حاجة إلى إعادته، وتقدم أن عن أحمد رواية أخرى مشهورة بالعكس، ورواية أخرى أن الخالة أحق من الأب. وأن على هذه الرواية تقدم الخالة على الأخت من الأب لتقديمها على من أدلت به.

(قال): وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلّقت عادت على حقها من كفالته.

(ش): لا نزاع عندنا في ذلك إذا كان الطلاق بائنًا لأن حقها إنما زال لمعنى، وهو الاشتغال بالزوج، فإذا طلّقت زال ذلك المعنى فتعود إلى ما كانت عليه.

واختلف فيما إذا كان الطلاق رجعيًا. وظاهر كلام الخرقي وهي الذي نصبه القاضي في تعليقه، وقطع به جمهور أصحابه كالشريف وأبي الخطاب والشيرازي وابن البنا وابن عقيل في التذكرة أن حقها يعود نظرًا على زوال اشتغالها به لعزلها وعدم القسم لها عليه.

وقال القاضي: قياس المذهب أن حقها لا يعود حتى تنقضي عدّتها بناء على أن الرجعية مباحة، فاشتغالها بالزوج لم يزل. وعلى هذا فقول الخرقي جارٍ على قاعدته من تحريم على قاعدته من تحريم الرجعية، وأبو محمد خرّج الوجه الثاني من كون النكاح قبل الدخول مزيلًا للحضانة مع عدم الشغل. والله أعلم.

(قال): وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها أو يخشى عليه التلف.

(ش): للزوج منع المرأة من رضاع ولدها من غيره، ومن رضا ولد غيرها بطريق الأولى إذ عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج لاستمتاع في كل الزمان ما لم يضرّ بها سوى أوقات الصلوات، والرضاع يفوّت الاستمتاع في بعض الأوقات فكان له المنع كالخروج من منزله، فإن اضطر الولد إليها بأن لا يوجد مرضعة سواها، أو لا يقبل الولد ثدي غيرها، وخشي عليه التلف، فليس للزوج المنع نظرًا للحفظ النفس المقدّم على حق الزوج.

وملخصه أن يجب ارتكاب أدنى المفسدتين لدفع أعلاهما.

وقول الخرقي: «من رضاع ولدها» ظاهر سياق كلامه أنه من غيره، وإلا كان يقول: وللزوج منع المرأة من رضاع ولدها. وفي بعض النسخ ولدها من غيره.

(قال): وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها، فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلّقة.

(ش): قد دل كلام الخرقي على مسألتين.

إحداهما: أن إرضاع الولد على الأب وحده وليس له إجبار أمه على رضاعه مطلقاً لقوله سبحانه: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ﴾[1] الآية إلى ﴿عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2] وقوله سبحانه: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾[3]. ومتى اختلفا فقد تعاسرا.

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق.

والمسألة الثانية: أن للأمّ إذا شاءت أن ترضعه بأجرة مثلها كان لها ذلك وقدّمت على غيرها إذا كانت مفارقة من الزوج بلا نزاع، وكذلك إذا كانت في حباله على المشهور.

وقيل: بل إذا كانت في حباله كان له منعها بأجرة وبغيرها ومبنى الخلاف على فهم الآية الكريمة، وذلك لأن إرضاعه كنفقته والجامع أن بنيته لا تقوم إلا بهما، ونفقته لو كان كبيرًا عليه، فكذلك إرضاعه إذا كان صغيرًا، ولظاهر الآية الكريمة: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾(١) فإن الله سبحانه جعل حكمه الشرعيّ أن الوالدات يرضعن أولادهن، لكن هل المراد كل والدة اعتمادًا على عموم اللفظ، فتدخل فيه المطلّقة وغيرها، أو المراد به الوالدات المطلّقات لذكرهن في سياق المطلّقات، والسياق والسباق يخصصان، فيه قولان فعلى الثاني إذا كان المراد المطلّقات، فالزوجات لم يتناولهن الآية، وإذا للزوج منعهن من الإرضاع نظرًا لحقّه من الاستمتاع كما له ذلك في ولده غيره.

وقول: الخرقي: «بأجرة مثلها» مفهوم أنها إذا طلبت أكثر من أجرة المثل لم تكن احق به وهو كذلك لطلبها ما ليس لها فتدخل في قوله تعالى: ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ﴾(٢) نعم لو طلبت أكثر من أجرة المثل ولم يوجد من يرضعه إلا بمثل تلك الأجرة. فقال أبو محمد: الأم أحق لتساويهما في الأجرة وميزت الأم. وقوله: «فتكون أحق به» مقتضاه وإن وجد متبرّعة برضاعه وهو كذلك اعتمادًا على إطلاق الآية الكريمة. والله سبحانه أعلم.

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٢) سورة الطلاق: آية ٦.

﴿باب نفقة المماليك﴾

(قال): وعلى ملاّك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف.

(ش): هذا إجماع والحمد الله، وقد دلت عليه السنّة النبوية. فعن عبد الله ابن عمرو – رضي الله عنهما–: «قال لقهرمان له: هل أعطيت الرقيق قوتهم؟ قال: لا. فانطلق فأعطهم. فإن رسول الله ﷺ قال: كفى بالمرء إثمًا أن يحبس عمّن يملك قوته»[1] رواه مسلم. وعن أبي هريرة -رضي الله عنه-، عن النبي ﷺ قال: «للمملوك طعامه وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق»[2] رواه أحمد مسلم.

والواجب له قدر كفايته من غالب قوت البلد وأدمه لمثله بالمعروف، وكذلك الكسوة من غالب كسوة البلد لأمثال العبد بالمعروف، لأن في بعض روايات حديث أبي هريرة-رضي الله عنه-: «بالمعروف» رواه الشافعي في مسنده. وسواء كان قوت سيّده وكسوته مثل ذلك أو أزيد والمستحب أن يطعمه من طعامه، ويلبسه من لباسه، لما روى أبو ذر أن النبي ﷺ قال: إخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم. فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلّفوهم ما يغلبهم، فإن كلّفتموهم فأعينوهم عليه[3] متفق عليه.

تنبيه: القهرمان [........][4].

---

(١) أخرجه مسلم في الزكاة (٤٠).

(٢) أخرجه مسلم في الإيمان (٤١)؛ والإمام مالك في الاستئذان (٤٠)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٤٧، ٣٤٢.

(٣) أخرجه البخاري في الإيمان (٢٢) وفي العتق (١٥)؛ ومسلم في الإيمان (٤٠).

(٤) في نسخة «د» بياض بمقدار كلمة، وفي نسخة «ج» جاء بالهامش ما نصه: كذا بخطه: تنبيه: القهرمان.... لكن في مشارق الانوار قهرمانة هو كالخازن والقائم بأمور الرجل وهو الوكيل الحافظ لما تحت يده بلغة الفرس.

(قال): وان يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك.

(ش): على السيّد أن يزوّج مملوكه إذا احتاج إلى ذلك، لقول الله سبحانه ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾[1] وظاهر الأمر الوجوب. وعن ابن عباس - رضي الله عنهما-: «من كانت له أمة فلم يزوّجها ولم يصبها، أو عبد فلم يزوّجه، فما صنعا من شيء كان على السيّد» ولأن النكاح مما تدعو الحاجة إليه غالبًا، أو يتضرر بفواته، فأجبر عليه السيّد كالنفقة.

وقول: «إذا احتاج إلى ذلك» يخرج به من لا حاجة له إلى ذلك كالصغير والأمة إذا كان السيّد يطأها، وكذلك إذا اشتراه السيّد لا ندفاع حاجته.

تنبيه: ولا يجب التزويج إلا بطلب المملوك، لأن الحق له فلا تعلم حاجته إلا بطلبه. والله أعلم.

(قال): فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك.

(ش): إذا امتنع السيّد يجبر على ذلك، لأن بقاء الملك عليه مع الإخلال بما تقدم إضرار بالعبد، وإزالة الضرر واجبة شرعًا، والبيع طريق لزواله فوجب دفعًا للضرر المنفيّ شرعًا، وإنما توقف الحق على طلب العبد لأن الحق له فلا يستوفى بدون طلبه.

ومفهوم كلام الخرقي أن السيد إذا قام بالواجب عليه لا يجبر على البيع وإن طلب المملوك ذلك . وقد نص أحمد عليه إذ لا ضرر يزال. والله أعلم.

---

(١) سورة النور: أية ٣٢.

(قال): وليس عليه نفقة مكاتبه إلا أن يعجز.

(ش): المكاتب مع سيّده في أكسابه ومنافعه ونفقته ونحو ذلك كالأجنبي، فإذا عجز عاد كما كان قبل الكتابة.

(قال): وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ربه.

(ش): إذا لم يكن في الأمة فضل عن ربي ولدها فليس لسيّدها أن يرضعها لغيره، حذارًا من إضراره لنقصه عن كفايته وصرف اللبن المخلوق له لغيره، وإن كان فيها فضل عن ربّه جاز له أن يرضعه غيرها لانتفاء المحذور مع وجود المقتضى هو الملك.

(قال): وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيّده.

(ش): لقول النبي ﷺ: «الرهن من راهنه، له غنمه، وعليه غرمه» ونفقته من الغرم فكانت على الراهن.

(قال): وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيّده ما أنفق عليه.

(ش): هذا هو المشهور. حتى إن أبا الخطاب في الهداية، وأبا محمد في المقنع وغيرهما قطعوا بذلك. وخرّج أبو محمد قولًا آخر: أنه لا يرجع، بناء على رواية النفقة على الرهن والوديعة، والجمال إذا هرب الجمال ونحو ذلك وكذلك أبو البركات بردّ الآبق مع جملة هذه المسائل، وذكر الخلاف، إلا أنه قيّد ذلك بما إذا نوى الرجوع، وتعذّر استئذان المالك. وبعض الأصحاب لا يشترط تعذّر الاستئذان. وقد يفرّق بين الآبق وغيره أن الآبق يخشى ضرره لا حتمال لحوقه بدار الحرب وارتداده، وهذا المعنى غير موجود في غيره. والله سبحانه وتعالى أعلم.

﴿كِتَـــابُ الجِرَاح﴾

(ش): الجراح، جمع جراحة. معنى الجرح بضم الجيم، مصدر جرحه يجرحه جرحاً. والاسم الجرح بضم الجيم، وذكر الخرقي – رحمة الله- الجراح وإن كان القتل يوجد بغيره لغلبة وقوع القتل به بخلاف غيره.

(قال): والقتل على ثلاثة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطأ.

(ش): القتل بحسب صفته يقع على ثلاثة أوجه، لأن الضارب إن قصد القتل بآلة تصلح له غالبًا فهذا هو العمد، وإن قصد القتل بآلة لا تصلح للقتل غالباً فهو شبه العمد، وإن لم يقصد القتل فهو الخطأ. وبعض المتأخرين كأبي الخطاب ومن تبعه زاد قسمًا رابعًا وهو ما أجرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب، وكالنائم ينقلب على إنسان ونحو ذلك. ولا نزاع أنه باعتبار الحكم الشرعي لا يزيد على ثلاثة أوجه: عمد، وهو ما فيه القصاص أو الدية، قال ابن عباس – رضي الله عنهما- : «كان في بني إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية، فقال الله هذه الآية﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾الآية. ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ﴾قال: فالعفو أن يقبل في العمد الدية، والإتباع بمعروف يتبع الطالب بمعروف، ويؤدي إليه المطلوب بإحسان ﴿ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ فيما كتب على من كان قبلكم[1] رواه البخاري وغيره.» وفي الصحيحين أن النبي ﷺ قال:«من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يقتل، وإما أن يفدى».

(١) أخرجه البخاري في تفسير (سورة: ٢: ٢٣) وفي الديات (٨)؛ والنسائي في القسامة (٢٧).

وشبه عمد، وهو ما فيه دية مغلّظة من غير قود، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه – رضي الله عنهم –، أن النبي ﷺ قال: «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل الخطأ، ولا يقتل صاحبه، وذلك أن ينزو الشيطان بين الناس فيكون دم في عمياء في غير ضغينة ولا حمل سلاح»(1) رواه أحمد وأبو داود.

وخطأ، وهو ما فيه دية مخففة، فعن ابن مسعود – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله ﷺ «في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بينت لبون، وعشرون ابن مخاض ذكر»(2) رواه الخمسة.

تنبيه: ينزو الشيطان، أي يثب في عمياء، أي في جهالة.

وفي غير ضغينة، أي ذنب. أي يثير الشيطان فتنة بين قوم فيقتل إنسان ولا يعرف من قتله، في غير ذنب. والله أعلم.

(قال): والعمد أن يضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفساط. أو حجر كبير، الغالب أن يقتل مثله، أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة، أو فعل به فعلاً الغالب أنه يتلف.

(ش): لما ذكر الخرقي أن القتل يقع على ثلاثة أوجه أراد أن يعرف كل واحد منهما، فعرف العمد بما ملخصه: أن يقصد ضربه بحديدة، أو شيء الغالب أن يتلف. فقوله: «ما إذا ضربه بحديدة» أي ما إذا قصد ضربه بحديدة فجرحه وفي معنى ذلك كل محدد من حجرة أو غيره. وقوله: «أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط». الفسطاط هنا خويمة صغيرة، وعمودها التي تقوم عليه.

---

(1) أخرجه أبو داود في الديات (١٨)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٨٣، ٢١٧، ٢٢٨.

(2) أخرجه أبو داود في الديات (١٦-١٨، ٢٤)، والترمذي في الديات (١)؛ والنسائي في القسامة (٣٥)؛ وابن ماجه في الديات (٦)؛ والدارمي في الديات (١٣، ٢١)؛ والإمام أحمد في ١/ ٣٨٤، ٤٥٠ وفي ١٠٣/٢.

وإنما شرط الخرقي في قتل العمد الزيادة على ذلك، لما روي المغيرة بن شعبة - ﷺ-: «أن امرأة ضربتها ضرّتها بعمود فسطاط فقتلتها وهي حبلى. قال: فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عصبة القاتلة، وغرّة لما في بطنها. قال: فقال رجل من عصبة القاتلة: [أَنَغْرَمُ] دية من لا أكل ولا شرب ولا استهلّ فَمِثْلُ ذلك يُطلُّ. فقال رسول الله ﷺ: أَسَجْعٍ كَسَجْعِ الأَعْرَابِ. قال: وجعل عليهم الدِّيةَ»[1] واره مسلم.

ولو كان القتل بذلك عمدًا لأوجب فيه القود ولم يجعل الدية على العاقلة، لأنهم لا يحملون عمدًا اتفاقًا. وقوله: «أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله» أي في عرف الناس، ولم يقل في ظنه لا تهامه في ذلك. وقوله: «أو أعاد الضرب بخشبة صغير، أي إعادة تقتل غالبًا. وفي معنى ذلك إذا ضربه بخشبة صغيرة في مقتل أو في حال ضعف قوة من مرض أو صغر أو كبر أو حرّ أو برد، ونحو ذلك. وقوله: «أو فعل به فعلاً الغالب أن يتلف» كإلقائه في ماء كثير يغرقه عادة، أو في نار لا يمكنه التخلص منها، أو في رابية أسد، أو من شاهق، أو أنهشه كلبًا أو سبعًا أو حيّة، أو ألسعه عقربًا من القواتل، أو سحره بما يقتل غالبًا، أو أطعمه طعامًا بسمّ يقتل مثله غالبًا ونحو ذلك.

تنبيه: قال ابن الأثير: الفسطاط: الخيمة الكبيرة، ولعله يريد باعتبار عرف زمانه، وإن أردا أنه في اللغة كذلك فهو محمول على ما تقدم لما مرّ من الإجماع على أن العاقلة لا تحمل العمد. انتهى. وهو فارسي معرّب، وفيه ست لغات: فسطاط، وفستاط، وفساط مع ضم الفاء وكسرها فيهن.

---

(١) الحديث رواه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات. باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد على عاقلة الجاني: ٥/ ١١٠.

واستهل المولود: إذا بكى حين يولد، والاستهلال رفع الصوت ويطل، روي بالمثنّاة من تحت، وروي بالموحّدة، فعلى الأول هو من طلّ دمه إذا هدر ولم يطلب بثأره. وعلى الثاني هو فعل ماض من البطلان.

والسجع تواطؤ الفاصلتين من النثر على حرف واحد، ونحو: وهو يطبع الأسجاع بجواهر لفظه، ويقرع الأسجاع بزواجر وعظه. والاستفهام لما يتضمنه السجع من الباطل فليس بمذموم كسجع الأعراب وفي رواية الكهّان. أمّا السجع الخالي من الباطل فليس بمذموم، لوروده في الكتاب العزيز، وفي كلام سيّدنا محمد ﷺ نحو: ﴿فِي سِدْرٍ مَّخْضُودٍ، وَطَلْحٍ مَّنضُودٍ، وَظِلٍّ مَّمْدُودٍ﴾[1] و ﴿مَّا لَكُمْ لَا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَاراً، وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَاراً﴾[2].

قال بعضهم: لا يقال في القرآن سجع، وإنما يقال فواصل، مستدلاً بما تقدم وقد يقال: إذا كان الإنكار للباطل فيه فلا تمتنع التسمية لعدم وروده الإنكار عليها.

(قال): ففيه القود.

(ش): أي العمد، سواء كان القتل بمحدد أو بغيره، اما المحدد فالقود به اتفاق في الجملة إذا كان الجرح بسكين ونحوها جرحاً كبيرًا، أما إن كان صغيرًا كشرط الحجام ونحوها، أو غرزه بإبرة أو شوكة، فإن كان في مقتل كالعين والفؤاد فكذلك إذ مثل ذلك في هذا المحل يقتل غالبًا، وكذلك إن كان في غير مقتل لكن بقي متألمًا حتى مات لصلاحية السبب، مع أن الأصل عدم غيره، وإذا كان في غير مقتل ومات في الحال فوجهان، أحدهما وهو ظاهر كلام الخرقي: أن فيه القود لأن المحدد له سراية ونفوذ، وقد عضد ذلك موته في

---

(١) الآيات ٢٨، ٣٠من سورة الواقعة.

(٢) الآيتان ١٣، ١٤ من سورة نوح.

الحال، ولهذا قيل فيه: إنه لا يعتبر غلبة الظن في حصول القتل به بخلاف غيره والثاني وهو قول ابن حامد: لا قود بذلك، لأن الظاهر أن الموت ليس منه، وأما إذا كان بغيره فكذلك عندنا وعند الجمهور، لإطلاق: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾[1] و ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾[2] و «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يقتل وإما أن يفدى»[3] ونحو ذلك.

ولخصوص ما روى أنس بن مالك -ﷺ-: «أن يهوديًا رضّ رأس جارية بين حجرين، فأخذ اليهود فأقرّ، فأمر به رسول ﷺ أن يرضّ رأسه بالحجارة- قال همام - بحجرين»[4] متفق عليه. وللبخاري: «قتلها على أضاح لها»ولا يقال قتله لنقض العهد، لأنه إذا كان يقتله بالسيف ولما قتله بالرضّ بالحجارة، دل على إرادة المماثلة المدلول عليها بقوله سبحانه: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[5].

وما روي من قول النبي ﷺ: «ألا وإن في قتل الخطأ العمد بالسوط والعصا الحجر مائة من الإبل»[6] فمحمول حجر يشبه بالسوط والعصا، وهو الصغير جمعًا بين الأدلّة.

---

(١) الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

(٣) أخرجه البخاري في الديات (٨) وفي اللقطة (٧) وفي العلم (٣٩)؛ ومسلم في الحج (٤٤٧)؛ وأبو داود في الديات (٤)؛ والترمذي في الديات (١٣)؛ والنسائي في القسامة (٢٩)؛ وابن ماجه في الديات (٣)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٣٨).

(٤) أخرجه البخاري في الخصومات (١) وفي الوصايا (٥) وفي الديات (٤، ١٢)؛ ومسلم في القسامة (١٧)؛ وأبو داود في الديات (١٠)؛ وابن ماجه في الديات (٢٤)؛ والدارمي في الديات (٤)، والإمام والإمام أحمد في ٣/ ١٩٣، ٢٦٢، ٢٦٩.

(٥) الآية ١٩٤ من سورة البقرة.

(٦) أخرجه النسائي في القسامة (٣٣، ٣٤)؛ وابن ماجه في الديات (٥، ٢٢)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١١، ٣٦، ١٦٤، ١٦٦، ١٧٨، ١٨٣، ١٨٦، ٢١٧، ٢٢٤ وفي ٣/ ٤١٠ وفي ٥/ ٤١٢.

تنبيه: إما أن يقتل وإما أن يفدى، أي يأخذ الدية، والرضّ ودقّ الشيء بين حجرين وما جرى مجراهما، والأوضاح واحدها وضح. الحلى من النفرة.

(قال): إذا اجتمع عليه الأوليا وكان المقتول حرًا مسلمًا.

(ش): أي شرط وجوب القود في العمد اجتماع جميع الأولياء على الاستيفاء فلو عفى بعضهم سقط القصاص لعدم تبعيضه، وكذلك إذا كان بعضهم صغيراً أو مجنونًا أو غائبًا فإن استيفاءه يتوقف على قدوم الغائب أو توكيله وحصول التكليف، وسيأتي بيان ذلك بأبسط من هذا إن شاء الله تعالى، وشرطه أيضًا أن يكون المقتول حرًا مسلمًا، وهذا من حيث الجملة، وتمامه ياتي إن شاء الله تعالى.

(قال): وشبه العمد أن يضربه بخشبة صغير أو حجر صغير أو لكزة فعل به فعلاً الأغلب من ذلك الفعل أن لا يقتل.

(ش): شبه العمد أن يقصد بآلة لا تصلح للقتل غالبًا ولم يجرحه كما مثل الشيخ – رحمة الله–، وكما إذا نخزه بشيء لا يقتل غالبًا، ، أو ألقاه في ما لا يغرق مثله غالبًا وسمّي ذلك شبه العمد لأنه جمع عمدًا لقصده الجناية، وخطأ لعدم صلاحية الآلة لذلك. وسمّي أيضًا عمد الخطأ وخطأ العمد لذلك.

تنبيه: اللكز: الضرب بجميع الكفّ في أيّ موضع كان من جسده وعن أبي عبيدة: الضرب بالجمع على الصدر.

(قال): فلا قود في هذا.

(ش): لحديث عمرو بن شعيب المتقدم: «عقل العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه» وحديث: «ألا وإن في مثل قتل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر مائة من الإبل».

(قال): والدية على عاقلته.

(ش): هذا هو المشهور من الروايتين والمختار لعامة الأصحاب، لحديث المغيرة بن شعبة في التي قتلت ضرّتها بعمود الفسطاط. والرواية الثانية، وهي اختيار أبي بكر: تجب الدية على الجاني لعموم: «لا يجني جانٍ إلا على نفسه»[1] ولا يخفى ضعفه أن هذا الخاص يقضي على العامّ، فعلى الأولى تجب مؤجلة على العاقلة بلا ريب. وعلى الثاني: هل تجب على القاتل مؤجلة أو حالة؟ على قولين لأبي بكر.

(قال): والخطأ على ضربين: أحدهما: أن يرمى الصيد أو يفعل ما يجوز له فعله فيئول إلى إتلاف حرّ مسلمًا كان أو كافرًا.

(ش): لما فرغ من تعريف العمد وشبهه، أشار إلى تعريف الخطأ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك. وهو على ضربين: خطأ في الفعل، وهو الذي ذكره الخرقي، ولا ريب أن الخطأ واضح فيه. وقد قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم: أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئًا فيصيب غيره، لا أعلمهم يختلفون فيه. وقوله: «مسلمًا كان أو كافرًا» تنبيه على أنه لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر، كما دل عليه: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ﴾[2] الآية. ولا بد من تقيّد الكافر بأن يكون له عهد كما في الآية الكريمة.

وقوله: «أو يفعل ماله فعله» مفهومه أنه إذا فعل ما ليس له فعله، كأن يقصد رمي آدميّ معصوم، أو بهيمة محترمة، فيصيب غيره، أن الحكم ليس كذلك فيكون عمدًا وهو منصوص أحمد في رواية الحسين بن محمد الحرث على

(١) أخرجه الترمذي في الفتن (٢) وفي تفسير سورة (٩: ٢)؛ وابن ماجه في المناسك (٧٦) وفي الديات (٢٦، ٧٦)؛ والإمام أحمد في ٤/ ١٤.
(٢) الآية ٩٢ من سورة النساء.

ما ذكره القاضي في روايتيه. وخرّجه أبو محمد على قل أبي بكر فيمن رمى نصرانيًا فلم يقع به السهم حتى أسلم، لأن عمد يجب به القصاص، والذي أورده في المغني مذهبًا أن هذا أيضًا خطأ إناطة بعدم قصد من قتل، وهو مقتضى قول المجد: قال أن يرمي صيدًا أو هدفًا أو شخصاً فيصيب إنسانًا لم يقصده.

(قال): فتكون الدية على العاقلة، وعليه عتق رقبة مؤمنة.

(ش): الخطأ لا قود فيه اتفاقًا، فكما أشعر به قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خطأً﴾[1] الآية. ولأن شبه العمد إذا لم يجب القود فيه كما تقدّم، ففي الخطأ أولى، وتجب الدية فيه على العاقلة اتفاقًا، حكاه ابن المنذر، وقياسًا على شبه العمد، وقد ثبت بالنص، وعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة لعموم: «لا يجني جانٍ إلا على نفسه» مع ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خطأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾[2].

تنبيه: تقدير الآية الكريمة – والله أعلم – فالواجب تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله، ومن يتعلق به الواجب ليس في الآية ما يدل عليه، ولا يصحّ أن يقدر فعليه تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله، لان الدية ليست عليه، نعم، إن قيل الدية عليه وأن العاقلة تحملها عنه، صح ذلك، لكن المعروف خلافه.

(قال): والوجه الآخر أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر ويكون قد أسلم وكتم إسلامه إلى أن يقدر على التخلص إلى بلاد الإسلام، فيكون على قاتلة عتق رقة مؤمنة بلا دية، لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[3]

---

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٢) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٣) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(ش): هذا الضرب الثاني من ضربي الخطأ وهو الخطأ في القصد، ولا نزاع في كون هذا ونحوه خطأ ولا نزاع أيضًا في وجوب الرقبة على القاتل للآية الكريمة.

ووقع النزاع في الدية والمشهور عن إمامنا، ومختار عامة أصحابنا الخرقي والقاضي والشيرازي وابن البنا وأبي محمد وغيرهم: عدم وجوبها مطلقًا لما أشار إليه الخرقي، وهو أن الله سبحانه ذكر أولاً: قتل المؤمن خطأ، وأن فيه الكفّارة والدية، ثم ذكرا ثانيًا: إذا كان من قوم عدوّ لنا وهو مؤمن، وأن فيه الكفّارة، ولم يذكر الدية. ثم ذكر ثالثًا: إذا كان من قوم بيننا وبينهم ميثاق وان فيه الكفّارة والدية.

فظاهر الآية الكريمة أن القسم الثاني لا دية فيه. وعن أحمد رواية أخرى تجب الدية على العاقلة، ودليلنا يظهر من الكلام على الآية الكريمة، وذلك أم من قوله: ﴿إِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ﴾[1] يحتمل أن تكون لبيان الجنس، فيكون ظاهر الآية الكريمة عدم وجوب الدية فيمن تقدم ذكره، كما ذكره الخرقي، ويلحق به من أسلم ودخل دار الحرب للاشتراك في أنه قصد قتل حربيّ، وإنما لم تجب الدية والحال هذه – والله أعلم – لأن الشارع له حرص عظيم على قتل أهل الحرب من غير تثبّت إذا بلغتهم الدعوة، فلو أوجبنا الدية في هذه الحال ربما توقف فيمن يقتله منهم.

ويحتمل، وهو الذي قدّمه البغوي: أن تكون من ظرفية، كقوله سبحانه: ﴿إِذَا نُودِي لِلصَّلَاةِ مِن يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾[2]، ﴿مَاذَا خَلَقُوا مِنَ الْأَرْضِ﴾[1]. فإذن معني الآية: فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن.

---

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٢) الآية ٩ من سورة الجمعة.

وهذا يشمل ما قاله الخرقي، وما إذا تترّس الكفّار بمسلم وخيف على المسلمين إن لم يرموا فرماهم فأصاب المسلم. وهذه رواية ثالثة لإمامنا.

وللمفسرين قول آخر وهو الذي قطع به الزجاج والزمخشري أن المعنى في الآية الكريمة أن يلم الرجل في قومه الكفّار وهو بين أظهرهم فيقتل ولا دية لأهله لانهم كفّار محاربون، فلا يستحقون الدية، فانتفاء الدية كان لعدم مستحقها لا لعدم قبول المحل لها، ولهذا أوجب الله سبحانه وتعالى بعد فيمن بيننا وبينهم ميثاق الدية لوجود مستحقها. ومن أيضًا على هذا القول لبيان الجنس. روايتنا الثانية تتوجه على هذا القول، ويؤيد ذلك ما روى محمد بن لبيد -ﷺ- قال: «اختلف سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة يوم أحد وهم لا يعرفونه فقتلوه، فأراد رسول الله ﷺ أن يديه، فتصدّق حذيفة بديته على المسلمين»[2] رواه أحمد، وفي لفظ رواه الشافعي قال: «فقضى رسول الله ﷺ بديته» وأيضًا عموم قول النبي ﷺ: «من قتل خطأ فديته مائة من الأبل» مختصر رواه الخمسة إلا الترمذي.

(قال): ولا يقتل مسلم بكافر.

(ش): لما روي أبو جحيفة قال: «قلت لعليّ: يا أمير المؤمنين، هل عندكم سواد في بياض ليس في كتب الله؟ قال: والذي فلق الحبّة، وبرأ النسمة، ما علمته إلا فهمًا يعطيه الله رجلاً في القرآن، وما في هذه الصحيفة. قال: قلت: وما في هذه الصحيفة؟ قال: فيها العقل، وفكاك الأسير، وأن لا يقتل مؤمن بكافر»[3] رواه أحمد والبخاري والنسائي والترمذي. وعن قيس بن عباد قال:

(١) الآية ٤٠ من سورة فاطر.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في ٥/ ٤٢٩.

(٣) أخرجه البخاري في العلم (٣٩) وفي الجهاد (١٧١) وفي الديات (٢٤-٣١)، والنسائي في القسامة (١٣)؛ والدارمي في الديات (٥)؛ والإمام أحمد في ١/ ٧٩.

«انطلقت أنا والأشتر إلى علي بن أبي طالب - ﷺ-، فقلنا له: هل عهد إليك رسول الله ﷺ شيئًا لم يعهده إلى الناس عامة؟ قال لا، إلا ما في هذا، وأخرج كتابًا من قراب سيفه، فإذا فيه، المؤمنون تكافأ دماؤهم، وهم يد على من سواهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ألا لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده، من أحدث حدثًا فعلى نفسه، ومن أحدث حدثًا أو أوى محدثًا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين»[1] رواه أحمد وأبو داود والنسائي. قال بعض الحفاظ: رجاله رجال الصحيحين.

ولأبي دواد وأحمد عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، عن رسول الله ﷺ نحوه. وهذا ونحوه يخص: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[2]، ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾[3]، ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ﴾[4] وقوله ﷺ: «العمد قود، من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبّوا قتلوا، وإن أحبّوا الدية».

وعلى أنه: كتب عليكم القصاص» إنما ورد – والله أعلم- في المسلمين، بدليل: ﴿يا أيها الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ فخاطب المسلمين. ثم قال سبحانه: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ والكافر ليس بأخ للمسلم، و﴿كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا﴾ شرع من قبلنا، ولا نسلّم أنه شرع لنا، فقد ورد شرعنا بخلافه. ثم قيل إن فيها ما يدل على إرادة المسلمين وهو قوله سبحانه: ﴿فَمَن

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات (١١)؛ والنسائي في القسامة (١٠)؛ والإمام أحمد في: ١/ ١٢٢.

(٢) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(٣) الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٤) الآية ٣٣ من سورة الأسراء.

تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾ ولا كفّار للكافر ولا صدقة، وما روى ابـن البـيلماني: «أن النبي ﷺ أقاد مسلمًا بذمّيّ وقال: أنا أحق من وفى بذمّتـه» رواه الـدارقطني[1] مردود، ولا يضعفه، فإن أحمد قال في راية الميموني ليس له إسناد. وقال في رواية بكر بن محمد عن أبيه: الحق فيمن ذهـب إلى حـديث رسـول الله ﷺ: «لا يقتـل مؤمن بكافر» وإن احتج بحديث ابن البـيلماني محتجّ، فهـو عنـدي مخطـئ وإن حكم به حاكم، ثم رفع إلى آخر ردّه.

وهذا مبالغة في ضعف الحديث، وأن مثله لا يشرع معه الاجتهاد.

وقال الدراقطني: ابن البيلماني ضعيف لا تقوم به حجة، وثانيًا بأنه حكاية فعل لا عموم له، فيحمل إن صح على أنه قتله وهو كافر ثم اسلم.

واعترض على دليلنا بأن قوله ﷺ: «لا يقتل مـؤمن بكـافر ولا ذو عهـد في عهده»[2] لا بد فيه من تقدير، وإلا يلزم أن ذا العهد لا يقتل في عهـد مطلقًـا، إذا يقتـل بالـذمّيّ والمعاهـد. والتقـدير: ولا ذو عهـد في عهـده يجـزئ والقيـد في المعطوف قيد في المعطوف عليه.

وأجيب أولاً: بالمنع، وأن العطف إنما يقتضي التشريك في أصل الحكـم لا في توابعه، والعطف في أنه لا يقتل [المؤمن] من غير نظر إلى تعيين من يقتل بـه، كما تقول مررت بزيد قائمًا وعمرو، أي ومررت بعمرو، ولا يلزم أن يكون قائمًا.

وثانيًا: أنه ليس المراد – والله أعلم – أنه لا يقتل إذا قتل بل في أمّـا ظرفيـه كما هو الأصل فيها، أي ولا ذو عهد مـا دام باقيًـا في عهـده ، نبّـه النبـي ﷺ أن

(١) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه: ٣/ ١٣٥.

(٢) أخرجه البخاري في العلـم (٣٩) وفي الجهـاد (١٧) وفي الـديات (٢٤، ٣١)؛ وأبـو داود في الـديات (١١، ١٤٧)؛ والترمذي في الديات (١٦)؛ والنسائي في القسامة (٩، ١٤)؛ وابـن ماجـه في الـديات (٢١): والـدرامي في الـديات (٥)؛ والإمـام أحمـد في ١/ ٧٩، ١١٩، ١٢٢. وفي ٢/ ١٧٨، ١٩٢، ١٩٤، ٢١١، ٢١٥.

العهد لا يقتضي العصمة مطلقًا كما في الذمة، بل في زمن العهد خاصة أو سببية كما في الصحيح: «أن امرأة دخلت النار في هرة»[1] أي ولا ذو عهد بسبب عهده نبّه ﷺ بذلك على أن العهد سبب لعصمة الدم، وناسب ذلك هنا لئلا يتوهم من عدم قتل المسلم بالكافر التساهل في قتل الكافر، فبيّن ﷺ أنه وإن لم يقتل المسلم بالكافر لكن لا يقتل المعاهد ما دام له عهد انتهى. وقول الخرقي: ولا يقتل مسلم بكافر، يستثنى منه صورتان: إحداهما: إذا قتله أو جرحه وهو كافر ثم أسلم فإنه يقتل به على المنصوص نظرًا لابتداء الحال، وفيه احتمال اعتمادًا على إطلاق الحديث. والصورة الثانية: إذا قتله في المحاربة على إحدى الروايتين، ومفهوم كلامه أن المسلم يقتل بالمسلم والكافر بالكافر، وهو كذلك في الجملة، إذا لابد من عصمة المقتول.

تنبيه: فلق الحبة: هو شقها للإنبات، برأ النسمة: البرء هو الخلق، والنسمة: كل ذي روح. والتكافؤ: التماثل والتساوي. أي أنهم متساوون في القصاص والدية، لا فضل لشريف على وضيع، ولا كبير على صغير ونحو ذلك، وهم يد على من سواهم، أي أنهم مجتمعون يدًا واحدة على غيرهم من أرباب الملك، فلا يسع أحدًا منهم أن يتقاعد عن نصرة أخيه المسلم. ويسعى بذمتهم أدناهم، أي أدني المسلمين إذا أعطى أمانًا فعلى الباقين موافقته، وأن لا ينقضوا عهده أو أحدث حدثًا: الحدث: الأمر الحادث. والمراد هنا الجناية والجرم، وآوى محدثًا: آواه ضمّه إليه وحماه. والمحدث: الذي يجني الجناية.

---

(١) أخرجه البخاري في بدء الخلق (١٦) وفي الأنبياء (٥٤) وفي المساقاة (٩)؛ ومسلم في الكسوف (٩، ١٠) وفي البر (١٣٣، ١٣٥) وفي التوبة (٢٥)؛ والنسائي في الكسوف (١٤، ٢٠)؛ وابن ماجه في الإقامة (١٥٢) وفي الزهد (٣٠)؛ والدارمي في الرقاق (٩٣)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٥٩، ١٨٨، ٢٦١، ٣١٧، ٤٥٤، ٤٦٧، ٤٧٩ وفي ٣/ ٣١٨، ٣٣٥، ٣٧٤ وفي ٤/ ٣١٥.

(قال): ولا حرّ بعبد.

(ش): المفهوم: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾[1] لما روى الدارقطني بإسناده عن إسماعيل بن عياش، عن الاوزاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده: «أن رجلاً قتل عبده متعمدًا، فجلده النبي ﷺ ونفاه سنة، ومحى سهمه من المسلمين، ولم يقده به وأمره أن يعتق رقبة» وإسماعيل بن عياش حجّة في الشاميين على الصحيح. وعن علي -رضي الله عنه-: «السنّة أن لا يقتل حرّ بعبد»[2] رواه أحمد، وهو منصرف إلى سنّة رسول الله ﷺ وعن ابن عباس -رضي الله عنه-، أن النبي ﷺ قال: «لا يقتل حرّ بعبد» رواه الدارقطني. وروى أيضًا عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدة «أن أبا بكر وعمر -رضي الله عنهما- كانا لا يقتلان الحر بالعبد». ولأن القصاص لا يجري بينهما في الأطراف فكذلك في النفس، كالأب مع [ابنه][3]، وبهذا يتخصص النفس بالنفس، العمد قود المسلمين تتكافأ دماؤهم ونحوه.

وما في السنن من حديث الحسن عن سمرة، أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل عبده قتلناه، ومن جدع عبده جدعناه»[4] وفي رواية: «ومن خصى عبده خصيناه» محمول على من قتل من كان عبده، أراد ﷺ - والله أعلم - أن يبيّن أن إنعامه بالعتق لا يمنع القصاص جمعًا بين الأدلة. ولأن في الحديث: «ومن جدع عبده جدعناه» وقد نقل الإجماع أن ذلك لا يجب.

---

(١) الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٢) أخرجه أبو داود في الديات (٧)؛ والدارمي في الديات (٧).

(٣) في نسخة «د»: «أبيه».

(٤) أخرجه أبو داود في الديات (٧)؛ والترمذي (١٧)؛ والنسائي في القسامة (١١، ١٧)؛ وابن ماجه في الديات (٢٣)؛ والدارمي (٧)؛ والإمام أحمد في ٥/ ١٠، ١١، ١٢، ١٨.

وعموم كلام الخرقي يقتضي أن الحر لا يقتل بالعبد وإن كان الحر ذميًا، وهو كذلك كما سيأتي. ويستثنى من عموم كلامه: إذا قتله أو جرحه وهو رقيق ثم أعتق، وإذا قتله في المحاربة على رواية. ومفهوم كلامه أن الحر يقتل بالحر وهو كذلك بلا ريب، وأن العبد يقتل بالعبد، وهو المذهب بلا ريب، لعموم قوله سبحانه: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾[1]، ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[2]. وقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»[3] ونقل عنه جماعة: القصاص بينهم إذا استوت قيمتهم مراعاةً لجانب المالية مع إعمال القصاص في الجملة.

قال في المغني: وينبغي أن يختص هذا بما كانت قيمة القاتل أكثر، يعني انتفاء القصاص، وكذلك ذكر أبو البركات. ويستثنى من عموم المفهوم المكاتب لا يقتل بعبده.

(قال): وإذا قتل الكافر العبد عمدًا فعليه قيمته ويقتل لنقضه العهد.

(ش): أي إن الكافر لا يقتل بالعبد المسلم، لما تقدم من أن الحر لا يقتل بالعبد، وهو يشمل المسلم والكافر، وإذا انتفى القصاص وجبت الدية ودية العبد قيمته كما سيأتي، ويقتل الكافر لنقضه العهد [إذا كان] مما ينتقض به عهدة الكافر قتل المسلم، هذا هو المنصوص، لما روي: «أن ذمياً كان يسوق حمارًا بامرأة مسلمة، فنخسه، فرماها، ثم أراد إكراها على الزنا، فرفع إلى عمر -رضي الله عنه-: فقال: ما على هذا صالحناهم. فقتله وصلبه» وروى في شروط عمر -رضي الله عنه- «أنه كتب إلى عبد الرحمن ابن غنم: أن ألحق بالشروط: من ضرب مسلمًا عمدًا فقد خلع عهده».

---

(١) الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(٣) سبق تخريج هذا الحديث.

وقيل عنه رواية أخرى: «لا ينتقض العهد بذلك» مخرجه مما إذا قذف مسلمًا. قال أبو البركات: والأصح التفرقة. وعلى هذه الرواية يؤدّب بما يراه وليّ الأمر.

(قال): والطفل، والزائل العقل، لا يقتلان بأحد.

(ش): لعدم جريان قلم التكليف عليهما، قال النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»(1) وقد روى الإمام مالك في موطأه عن يحيى بن سعيد الأنصاري: «أن مروان كتب إليه معاوية بن أبي سفيان أن أعقله لا تقدمنه، فإنه ليس على مجنون قود»(2) وقد شمل كلام الخرقي السكران، ومن شرب البنج ونحوه، وقد تقدم الكلام على ذلك في الطلاق. وفي الموطأ: «أن مالكًا – رحمة الله –، بلغه أن مروان بن الحكم كتب إلى معاوية أنه أتى بسكران قد قتل فكتب إليه أن أقتله».

(قال): ولا يقتل والد بولده.

(ش): لما روى حجاج بن أرطأة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، عن عمر بن الخطاب – ﷺ– قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يقاد الوالد بالولد»(3) رواه أحمد وابن ماجه، والترمذي وهذا لفظه وقال: وقد روى عن عمرو بن شعيب مرسلاً. وروى البيهقي نحوه من رواية عجلان عن عمر – ﷺ– وصحح إسناده وقال ابن عبد البر: هو حديث مشهور عن أهل العلم

(1) سبق تخريجه مراراً.
(2) أخرجه الإمام مالك في العقول (3).
(3) أخرجه الترمذي في الديات (9)؛ والدارمي في الديات (6)؛ والإمام أحمد في 1/ 16.

بالحجاز والعراق، يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه. وعن ابن عباس – رضي الله عنهما- قال: « سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقتل الوالد بالولد»[1] وعن سراقة بن مالك – رضي الله عنه- قال: «حضرت رسول الله ﷺ يقيّد الأب من ابنه، ولا يقيّد الابن من أبيه»[2] رواهما الترمذي. وفي الصحيح عنه ﷺ أنه قال: «أنت ومالك لأبيك»[3] وهذه الإضافة إن لم تثبت حقيقة الملكية وإلا فهي شبهة تدرأ القصاص، لأن الأب سبب إيجاده فلا يناسب أن يكون الابن سببًا في إعدامه.

(قال): وإن سفل.

(ش): لا يقتل والد ولده وإن سفل الولد لأنه ولد وإن علا والده، فيدخل فيما تقدم. قال الله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾[4] دخل فيه ولد الولد. وقال سبحانه: ﴿ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾[5]

(قال): والأم والأب في ذلك سواء.

(ش): لأنها أحق بالبّر من الأب، بدليل ما روى أبو هريرة - ﷺ- قال: «لأنها أحق بالبّر من الأب، بدليل ما روى أبو هريرة – ﷺ – قال: «قال رجل: يا رسول الله، أي الناس أحق مني بحسن الصحبة؟ قال أمك. قال: ثم من؟ قال: أمك. قال: ثم من ؟ قال: أمك»[6]متفق عليه. ولمسلم في رواية: «من أبرّ» وإذا كانت أحق بالبّر اندرأ عنها القصاص بطريق الأولى.

---

(١) أخرجه الترمذي في الديات (٩)؛ وابن ماجه في الحدود (٣١).

(٢) أخرجه الترمذي في الديات (٩).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) الآية ١١ من سورة النساء.

(٥) الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٦) سبق تخريجه.

وحكى أبو بكر وابو محمد عن أحمد قولاً بوجوب القصاص على الأم لا الأب، وأخذ ابو بكر من رواية حرب في امرأة قتلت ولدها، قال أحمد أما الرجل إذا قتل ولده فقد بلغنا أنه لا يقتل، ولم يبلغنا في المرأة شيء. ومنع ذلك القاضي وقال: هذا نقل للتوقف لا لوجوب القصاص، فالأم لا تقتل رواية واحدة. وأخذه أبو محمد من قول أحمد في رواية مهنا في أمّ ولد قتلت سيّدها عمدًا، أتقتل. قال: من يقتلها؟ قال: ولدها[1] . وهذا إنما يدل على أن القصاص لا يسقط لا يسقط بانتقاله إلى الولد، لأن القصاص يجب بقتل الولد. وكذلك حكى أبو البركات الرواية، ولم يلتفت إلى حكايتها في وجوب القود بقتل الولد.

(قال): ويقتل الولد بكل واحد منهما.

(ش): هذا المشهور والمختار للأصحاب من الروايتين لظواهر الآي والأخبار السالمة عن معارض، ولحديث سراقة المتقدم، ولأنه إذا قتل بالأجنبي فبهما أولى لعظم حرمتهما.

ونقل حنبل: لا يقتل ولد بوالده ونحوه. نقل مهنا لأنه لا تقبل شهادته له لحقّ النسب، فلم يقتل به، كالأب مع ابنه.

تنبيه: اختلف في الجد من قبل الأم بقتل ابن ابنته وابن البنت بقتل جده لأمّه، هل حكم ذلك حكم الجد من قبل الأب، وحكم الابن من الصلب أو لا؟ فيجري القصاص بينهما بلا ريب، على وجهين، وكلام الخرقي محتمل.

(قال): ويقتل الجماعة بالواحد.

(ش): هذا هو المذهب المشهور والمختار من الروايتين، لما في الموطأ عن سعيد بن المسيب: «أن عمر بن الخطاب - ﷺ - قتل نفرًا خمسة أو سبعة برجل قتلوه قتل غيلة. وقال عمر - ﷺ -: لو تمالا عليه أهل

---

(١) قالوا: لأن الأم لا ولاية لها عليه، فتقتل به كالأخ. والصحيح أنها أحد الوالدين فأشبهت الأب، بل هي أولى بالبر، فكانت أولى بنفي القصاص عنها. (المغني والشرح الكبير: ٩/ ٣٦٠).

صنعاء لقتلتهم جميعًا» وفي البخاري نحوه وعن عليّ -ﷺ-: «أنه قتل ثلاثة برجل»[1] ولأن فيه سدًا للذريعة وحسمًا للمادة، وتحقيقًا لحكمة الردع والزجر التي فيها حياتنا.

ونقل حنبل: لا يقتل الجماعة بواحد. فذكره له حديث عمر. فقال: «ذلك في أول الإسلام. وفي لفظ عنه: هذا تغليظ من عمر وحسّن هذا ابن عقيل في فصوله، وذلك لظاهر قول الله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾، ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[2].

وروى عن معاذ: «أنه خالف عمر – رضي الله عنهما – وقال: «لا تؤخذ نفسان بنفس» واختلف عن ابن عباس -رضي الله عنهما-.

فعلى هذا، الواجب دية واحدة بين القاتلين. وعلى الأولى هل تجب عليهم دية لأنها بدل ما أتلفوه. وفارق القصاص لأنه إنما وجب سدًا للذريعة، أو ديات؟ وهو الذي ذكره أبو بكر وصححه الشيرازي إذ كل واحد كالمنفرد بالقتل، بدليل ما لو عفى عن بعضهم لم يجاوزه العفو.

تنبيه: شرط قتل الجماعة بالواحد أن يكون فعل كل واحد منهم صالحًا للقتل به. والغيلة بكسر الغين القتل خديعة ومكرًا من غير أن يعلم أنه يراد به بذلك.

(قال): وإذا قطعوا يدًا قطعت تطيرتها من كل واحد منهم.

(ش): لما ذكر أن الجماعة تقتل بالواحد ذكر أيضًا أن الأطراف يؤخذ فيها الطرف الواحد بأكثر منه، وهذا هو المذهب وذلك لما تقدم سدًا للذريعة،

(١) أخرجه البخاري في الديات (٢١)؛ والإمام مالك في العقول (١٣).
(٢) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

ولأنه أحد نوعي القصاص فاخذ فيه الجماعة بالواحد كالنفس. وقد روى عن علي - ﷺ -: «أن شاهدين شهدا عنده بالسرقة فقطع يده، ثم جاء بآخر فقالا: هذا هو السارق وأخطأنا الأول فردّ شهادتهما على الثاني وغرّمهما دية الأول.

وقال: «لو علمت أنكما تعمّدتما لقطعتكما» رواه الأثرم بسنده عن الشعبي عن علي - ﷺ -.

وذكره الإمام أحمد في رواية الميموني. وعن أحمد رواية أخرى: لا تقطع الأطراف بطرف واحد، كما لا تقتل الجماعة بالواحد، بل أولى، إذ النفس أشرف من الطرف فلا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد للمحافظة على ما دونها.

وقول الخرقي: قطعت نظيرتها، أي إذا كانت يمينًا قطعنا من كل واحد منهم اليمين، وكذلك إن كانت يسارًا قطعنا من كل واحد اليسار، ولا تؤخذ يسار بيمين، ولا يمين بيسار، لعدم المماثلة المعتبرة شرعًا. وشرط وجوب القصاص على الجماعة في الطرف أن يشتركوا في ذهابه على وجه لا يتميز فعل أحدهم من فعل صاحبه كأن يشهدا عليه بما يوجب قطع طرفه ثم يرجعوا ويقالوا: تعمّدنا ذلك. أو يكرهوا إنسانًا على قطع طرف فيقطعون مع المكره، أو يلقوا بصخره على إنسان فتقطع أطرافه، أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعًا حتى يبين العضو ونحو ذلك، فإن قطع كل واحد من جانب لم يجب القصاص، لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها.

(قال): وإذا قتل الأب وغيره عمدًا، قتل من سوى الأب.

(ش) هذا هو المشهور من الرايتين والمقطوع به عند عامة الأصحاب، لأن القتل تمحص عمدًا عدوانًا، وإنما سقط عن الأب لمعنى قام به فلا يتعدى

إلى غيره، ولأن هذا القتل أعظم أثمًا وأكثر جرمًا. قال النبي ﷺ لمّا سئل عن أعظم الذنب قال: «أن تجعل لله ندًا وهو خلقك، ثم أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك»[1] فإذا وجب القصاص في غير هذا القتل ففيه بطريق الأولى والأخرى، والسقوط عن الأب لما تقدم لا لقصور في السبب المقتضي.

والرواية الثانية: لا يجب القصاص على غير الأب كما لم يجب على الأب، إذا لزهوق وجد منهما فلم يتمحض القتل موجبًا للقصاص. وهذا ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه، قال: إذا اجتمع في القود من يقاد ومن لا يقاد، فلا قود.

(قال): وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ، لم يقتل واحد منهم.

(ش): هذا أيضًا هو المشهور من الروايتين، والمختار لجمهور الأصحاب إذ عمد الصبي والمجنون في حكم الخطأ، لعدم اعتبار قصدهما شرعًا، وإذن القتل لم يتمحض عمدًا عدوانًا فلم يوجب القصاص كما لو كان خاطئين، وكقتل شبه العمد. ونقل ابن منصور عن أحمد القصاص على البالغ دونهما. وهو اختيار أبي بكر فيما حكاه. وظاهر ما في التنبيه على ما تقدم انتفاء القود لأن فعله لو انفرد لأوجب، فكذلك إذا وجد مع غيره إذ السقوط عن الغير لمعنى اختص به.

(قال): وكان على العاقل ثلث الدية في ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية، وعتق رقبتين في أموالهما لأن عمدهما خطأ.

---

(١) أخرجه البخاري في التفسير (سورة: ٢ : ٣) و (٥ : ٢) وفي الأدب (٢٠) وفي التوحيد (٤٠، ٤٦) ومسلم في الإيمان (١٤، ٤٢)؛ وأبو داود في الطلاق (٥٠)؛ والترمذي في التفسير (سورة ٢٥: ١، ٢)؛ والنسائي في التحريم (٤)؛والإمام أحمد في ١/ ٣١٠، ٤٣١، ٤٣٤، ٤٦٤.

(ش): أما وجوب الدية عليهم أثلاثًا، فلأن ذهاب النفس حصل من فعلهم، والتنفس فيها دية، وهم ثلاثة، فكانت الدية عليهم أثلاثًا، ولأن الدية بدل المحل المتلف بدليل اختلافها باختلافه والمحل واحد فديته واحدة، وكذلك الحكم في المسألة السابقة، إذا عدل الوليّ إلى طلب المال يجب على شريك الأب بقسطه، كذا ذكره الشيخان، وقد يقال يجب على شريك الأب جميع الدية بناء على المذهب، من أنه يقتل، وعلى رواية أن الجماعة إذا قتلوا واحدًا وجبت عليهم ديات. انتهي.

وأما كون ما يلزم العاقل يكون في ماله فلأن فعله عمد، والعاقلة لا تحمل عمدًا، وأما كون ما يلزم الصبي والمجنون يكون على عاقلتهما، فلأن فعلهما في حكم الخطأ. والخطا والحال هذه تحمله العاقلة، فكذلك ما في حكمه. وقد شمل كلام الخرقي الصبي العاقل وغيره، وهو كذلك على المشهور، وعن أحمد رواية أخرى في الصبي العاقل أن عمده في ماله نظرًا إلى أن له قصدًا صحيحًا في الجملة، بدليل صحة صلاته ونحو ذلك، وسقوط القصاص عنه كان لعدم جريان القلم الخطابي عليه على انتظار تكامل عقله، وأما كون على الصبي والمجنون عتق رقبتين في أموالهما، فلأن الله سبحانه جعل في قتل الخطأ الدية والكفّارة، وهذا القتل جارٍ مجرى الخطأ فأعطي حكمه، وكان مقتضى قوله سبحانه ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾[1] مع قوله ﷺ: «لا يجني جان إلا على نفسه»[2] أن ذلك على الخاطئ أو من في معناه.

لكن قام الدليل [على] أن الدية في ذلك على العاقلة، فيبقى فيما عداه على مقتضى ما تقدم. وهذا أيضًا هو المشهور عن أحمد بناء على أن على كل واحد

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٢) سبق تخريج الحديث.

من المشتركين كفّارة. وعن أحمد رواية أخرى أن على الجميع كفّارة واحدة، فعلى هذه يكون على الصبي والمجنون ثلثا رقبة. ونبّه الخرقي بوجوب الكفّارة على الصبي والمجنون بوجوبها على البالغ.

وقوله: لأن عمدهما خطأ، تعليل لإسقاط القصاص في أصل المسألة، وفي أن ما لزمهما يكون على عاقلتهما وفي لزوم الكفّارة لهما.

(قال): ويقتل الذكر بالأنثى.

(ش): لا نزاع في ذلك لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[1]. وقوله ﷺ: «لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث»[2] ذكر منها: النفس بالنفس، ولحديث اليهودي الذي قتل الجارية، فقتله النبي ﷺ بها، وقد تقدم. وفي كتاب عمرو بن حزم أبيه عن جده «ويقتل الذكر بالأنثى» وراه مالك والنسائي.

وإذا قتل الذكر بالأنثى فلا شيء لورثته على المذهب بلا ريب، اعتمادًا على ظاهر الآية والحديث.

ونقل إبراهيم بن هانئ عن أحمد: يقتل ويعطي ورثته نصف الدية، وروى ذلك سعيد في سننه عن علي -ﷺ-، والظاهر أنه مستند أحمد.

(قال): والأنثى بالذكر.

(ش): لا خلاف في هذا أيضًا لا في القصاص ولا في الدية، إذا هو أعلا منها، أشبه العبد تقتل بالحر.

---

(١) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(٢) أخرجه البخاري في الديات (٦)؛ ومسلم في القسامة (٢٥، ٢٦)؛ وأبو داود في الحدود (١)؛ والترمذي في الحدود (١٥)؛ والنسائي في التحريم (٥، ١١، ١٤)؛ والدارمي في السير (١١)؛ والإمام أحمد في ١/ ٦١، ٦٣، ٦٥، ٧٠، ١٦٣، ٣٨٢، ٤٢٨، ٤٤٤ وفي ٥/ ١٨١، ٢١٤.

(قال): ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح.

(ش): يعني من جرى بينهما في النفس قصاص جرى بينهما في الجروح قياسًا للجروح على النفس، فيقتصّ للحرّ المسلم والعبد والذمّيّ من مثلهم، ويقتصّ للذكر من الأنثى وبالعكس، ويقتصّ من الناقص للكامل، كالكافر بالمسلم، والعبد بالحرّ، ولا يقتصّ من مسلم لكافر، ولا من حرّ لعبد ونحو ذلك كما في الأنفس سواء، ولهذه المسألة تتمة تأتي إن شاء الله تعالى.

(قال): وإذا قتله رجلان أحدهما مخطئ والآخر متعمد فلا قود على واحد منهما.

(ش): قد تقدم هذا فيما إذا قتل بالغ وصبي ومجنون وحكينا الخلاف، وأن المذهب ما قاله الخرقي، وكذلك الخلاف هنا. والمسألة واحدة، وكان حق الخرقي أن يقدم هذه المسألة.

(قال): وعلى العامد نصف الدية في ماله، وعلى عاقلة المخطئ نصفها، وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة.

(ش): قد تقدم مثل هذا سواء في مسألة البالغ والصبي والمجنون، ويزيد هنا بأن ظاهر كلام الخرقي أن العامد لا كفّارة عليه فيه، وسيصرح بهذه المسألة فيما بعد. والله أعلم.

(قال): ودية العبد قيمته وإن بلغت ديات.

(ش): هذا هو المشهور والمختار للأصحاب من الروايتين نظرًا للمالية مع قطع النظر عما سواها.

وبيان ذلك أنه مال متقوم فضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كغيره من الأموال.

والرواية الثانية: أنه لا يبلغ به دية الحر نظرًا للمالية والآدمية معًا وبيان ذلك أنه ضمان آدمي فلم يزد على دية الحرّ كالحرّ، وذلك أن الله تعالى لما أوجب في الحرّ دية مقدّرة وهو أشرف من العبد، كان ذلك تنبيهًا على أن العبد لا يزاد عليها، بل ينبغي أن ينقص عنها لنقصه عنه قطعًا، ولهذا الخلاف التفات إلى أن العبد هل يملك أو لا يملك، إذا منشأ الخلاف أن له شبهًا بالبهائم وبالأحرار والله أعلم.

تنبيه: لم يقدر أحمد النقص على هذه الرواية فينبغي أن يكتفي بما يعّد في العرف نقصا. والله أعلم.

﴿باب القود﴾

(ش): القود: القصاص[1]. والقتل يقع على ثلاثة أضرب. واجب: وهو قتل المحارب والزاني المحصن والمرتدّ وتارك الصلاة بشرطه وكذلك في الدفع عن حرمته وعن نفسه في رواية.

ومباح: وهو القتل قصاصًا أو دفعًا عن النفس في رواية.

ومحظور: وهو القتل عمد بغير حق. وهو من الكبائر العظام، والجرائم التي تقرب من الشرك، وبالله المستعان، حتى إن العلماء اختلفوا في قبول توبة من فعل ذلك على قولين هما روايتان عن الإمام أحمد،وإن كان المشهور عنه وعن غيره قبول ذلك تفضلاً من الله سبحان وتعالى وإحسانًا. وبسط ذلك يليق بهذا المكان.

---

(١) ولعله إنما سمّي قودًا، لأن المقتصّ منه الغالب يقاد بشيء يربط فيه أو بيده إلى القتل. (المغني والشرح الكبير: ٩/ ٣٨٤).

(قال): ولو شقّ بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول، لأن الأول لا يعيش مثله.

(ش): الحشوة: بكسر الحاء وضمّها، الأمعاء، فإذا قطع حشوته وأبانها منه، أو فعل به فعلاً لا تبقى الحياة معه، ولا حياة مستقرة فيه، فقد صيّره في حكم الميت فيعطى حكمه. وإذن القاتل هو الأول، ولا شيء على الثاني من قصاص أو دية، نعم عليه التعذير لارتكابه المحرّم.

(قال): ولو شقّ بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لأن الأول لا يعيش مثله، والثاني قد يعيش مثله.

(ش): ضابط ذلك أن يفعل به فعلاً يجوز بقاء الحياة معه، ثم يقتله آخر، فالثاني هو القاتل لأنه المفوّت للنفس جزمًا. قال أبو محمد. وكذلك الحكم إذا لم يجز بقاؤه مع الجناية إلا أن فيه حياة مستقرة كخرق المعى وأمّ الدماغ، لأن عمر -ﷺ-: «لما جرح سقوه لبنًا فخرج، فعلم أنه ميت، فقيل له: أعهد إلى الناس. فعهد إليهم، وجعل الخلافة في أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وعملوا به».

(قال): وإذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحة قتل، ولم تقطع يداه ولا رجلاه، في إحدى الروايتين. والرواية الأخرى قال: إنه لأهل أن يفعل به كما فعل.

(ش): الرواية الأولى هي المشهور عن أحمد واختيار الأكثرين: الخرقي وأبي بكر، والقاضي في خلافه وفي روايتيه، والشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، وابن عقيل، والشيرازي. لما روى عبد الله بن زيد الأنصار -ﷺ-: «أن النبي ﷺ نهى عن النهبى والمثلة»[1] رواه البخاري.

---

(١) سبق تخريجه.

والمثلة: تشويه خلقة القتيل كجدع أطرافه وقطع مذاكيره ونحو ذلك. وإذا فعل به مثل ما فعل قد مثل به فيدخل في النهي، وعن النبي ﷺ أنه قال: «لا قود إلا بالسيف»(١) رواه ابن ماجه. إلا أن أحمد قال: ليس إسناده بجيّد، ولأن القصاص أخذ بدل النفس فدخل في حكم النفس كالدية. والرواية الثانية نقلها الأثرم، وهي أوضح دليلاً لقول الله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾(٢)، ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾(٣)، ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾(٤). والحديث أنس المتقدم: «أن يهوديًا رضّ راس جارية بين حجرين، فأخذ اليهودي فأقرّ، فأمر رسول الله ﷺ أن يرضّ رأسه بالحجارة»(٥) متفق عليه. فرتب رسول الله ﷺ الرضّ على اعترافه. وعنه ﷺ: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه».

وهذه الأدلة أخص من حديث المثلة. قال أبو العباس بن تيمية -رحمه الله-: هذا أشبه بالكتاب والسنّة والعدل. فعلى هذه الرواية متى اقتصر على ضرب عنقه فهو أفضل، وإن قطع ما قطعه الجاني أو بعضه ثم عفى مجانًا فله ذلك، وإن عفى إلى الدية لم يجز إذ جميع ما فعل بوليّه لم يوجب الدية، فإن فعل فله ما بقي من الدية، فإن لم يبق شيء عليه، فإن قطع طرفًا ثم عفى إلى الدية كان له تمامها وإن قطع ما يوجب دية ثم عفى، فهل يلزمه ما زاد على الدية أو لا؟ فيه احتمالان وكذلك لو تساوى العضوان في الدية واختلفا في المحل، كأن قطع يده فقطع الوليّ رجله ثم قتله، فهل يلزمه ضمان الرجل لعدم استحقاقها له

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الديات (٢٥).
(٢) الآية ١٩٤ من سورة البقرة.
(٣) الآية ١٢٦ من سورة النحل.
(٤) الآية ٤٠ من سورة الشورى.
(٥) سبق تخريجه.

بوجه أو لا يلزمه لتساويهما في الضمان؟ فيه احتمالان أيضًا. ويستثنى على هذه الرواية إذا قتل بمحّرم كتجريعه الخمر واللواط والسحر، وفي النار خلاف. وقول الخرقي قبل أن تندمل جراحه، احتراز مما إذا اندملت كما سيأتي. وقوله قتل، أي بالسيف، لأنه الآلة التي يشرّع القصاص بها.

(قال): فإن عفى عنه الوليّ فعليه دية واحدة.

(ش): لا خلاف في ذلك نعلمه في المذهب، لأنه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل أرش الجراحة في أرش النفس كما لو حصل ذلك بالسراية.

(قال): ولو كانت الجراح برأت قبل قتله فعلى المعفو عنه ثلاث ديات إلا أن يريد، والقود، فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين.

(ش): إذا قطع يديه ورجليه وبرأ من ذلك ثم قتله، فقد استقر حكم القطع فللوليّ أن يقتصّ من الجميع بلا نزاع، وله أن يعفو عنه ويأخذ ثلاث ديات: دية لنفسه، ودية للرجلين، ودية لليدين. وله أن يقبض منه في النفس ويأخذ منه دية الأطراف، وله أن يقتصّ منه في الأطراف ويأخذ دية النفس، وله أن يقتص في بعض الأطراف ويأخذ دية بعضها إذ حكم القطع استقر فلا يتغير حكمه بالقتل بعد ذلك. والله أعلم.

(قال): ولو رمي وهو مسلم عبدًا كافرًا فلم يقع به السهم حتى أسلم وعتق، فلا قود، وعليه دية حرّ مسلم إذا مات من الرمية.

(ش): لا نزاع في وجوب دية حرّ مسلم إذا مات من الرمية، لأن الإتلاف حصل لنفس حرّ مسلم.

واختلف في وجوب القود فنفاه الخرقي وتبعه القاضي وابن حامد فيما حكاه تلميذه، إذا الرمي جزء من الجناية، ولا ريب في انتفاء المكافأة حال الرمي وإذا عدمت المكافأة في بعض الجناية عدمت كلها، إذ الكل ينتفي بانتفاء بعضه

وأثبته أبو بكر وابن حامد فيما حكاه ابن عقيل في التذكرة، وهو ظاهر كلام أحمد لقوله في رجل أرسل سهمًا على زيد فأصاب عمرًا، وهو عمد عليه القود، فاعبر الحظر في ابتداء الرمي. وذلك لأنه قتل مكافئًا له ظلمًا عمدًا فوجب القصاص كما لو كان في حال الرمي كذلك يحققه ما لو رمى مسلمًا فلم يصبه السهم حتى ارتد ومات فإنه لا قصاص عليه. وملخص ما تقدم أن سبب السبب وهو الرمي هل حكمه حكم السبب الذي هو الإصابة أم لا يخرج؟ على قولين ولهذا أشبه ما إذا تعددت الأسباب كما يذكر في مسألة التجاذب هل يناط الحكم بالجميع أو بآخرها؟ على قولين، فترتب الحكم على الجميع. شبه قول أبي بكر وتعلق الحكم بالآخر، وهو المشهور، وهو شبه قول الخرقي.

(قال): وإذا قتل رجل اثنين واحدًا بعد واحد، فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد لهما. وكذلك إن أراد أولياء الأول القود والثاني الدية أقيد للأول وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله، وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية والثاني القود.

(ش): إذا قتل واحد جماعة فرضي أولياؤهم بأخذه بجميعهم أخذ بهم لرضاهم بدون حقّهم، أشبه ما لو رضي صاحب اليد الصحيحة بالشلاء، وإن طلب أحدهم القصاص والآخر الدية فلهم ذلك سواء، سواء كان من رضي بالقود حقّه متقدمًا أو متأخرًا، لعموم قول النبي ﷺ: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين، إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الديّة»[1] وإن تشاحوا فيمن يقبض منهم على الكمال، فإن كانت حقوقهم تعلقت به في حال واحدة، قدّم أحدهم بالقرعة، وإن اختلف وقت التعلق فهل يقدّم أحدهم بالقرعة – وهو الذي

---

(١) سبق تخريجه.

أورده أبـو البركـات مـذهبًا لتساوي حقـوقهم بالنسبة إلى البـدن والمـال، أو أسبقهم لتمييزه بالسبق. وبه جزم أبو محمد. وفي وجهان.

(قال): وإذا جرحه جرحًا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتصّ منه.

(ش): الأصل في جريان القصاص في الجـروح في الجملـة الإجمـاع، وقـد شهد له قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾(1) وعن أنس بـن مالـك - ﷺ-: «أن الربيع عمّته كسرت ثنية جارية. فطلبوا إليهـا العفـو فـأبوا- فعرضـوا الأرش فأبوا، فأتوا رسول الله ﷺ وأبوا إلا القصاص. فأمر رسول الله ﷺ بالقـصاص. فقـال أنس بن النضر - ﷺ-: أتكسر ثنية الربيع؟ والـذي بعثـك بـالحق لا تكسر ثنيتهـا. فقال رسول الله ﷺ: يا أنس كتاب الله قصاص. فرضي القوم فقال رسـول الله ﷺ: إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبرأه»(2)رواه البخاري وفي رواته لمسلم: «أن أخـت الربيع جرحت إنسانًا» وأن السائل أمّ الربيع. ولعلهما واقعتان.

إذا تقرر هذا فيشترط لجريان القصاص في الجروح ثلاثة شروط:

أحدهما: إمكان القصاص من غير حيف ككل جرح ينتهي إلى عظم كـما في الموضحة، لقول الله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَـدَى عَلَـيْكُمْ فَاعْتَـدُواْ عَلَيْـهِ بِمِثْـلِ مَـا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾(3) ثم قال سبحانه: ﴿وَاتَّقُواْ اللّهَ﴾ أي اقتصصتم وقال سـبحانه

(1) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(2)أخرجه البخاري في الصلح: (٨) وفي الجهد (١٢) وفي تفسير (سـورة ٢: ٢٣) و (٥: ٦)، (٦٨: ٦) وفي الأدب (٦) وفي الأيمان (٩) وأخرجه في القسامة (٢٤) وفي فضائل الصحابة (٢٢٥) وفي البر (١٣٨) وفي الجنة (٤٦، ٤٨)؛ وأبو داود في الديات (٢٨)؛ والترمذي في جهنم (١٣) وفي المناقب (٥٤)؛ والنسائي في القسامة (١٧، ١٨؛ وابن ماجه في الـديات (١٦) وفي الزهـد (١٤)؛ وأخرجه الإمام أحمد في ٣/ ١٢٨، ١٤٥، ١٦٧، ٢٨٤ وفي ٤/ ٣٠٦ وفي ٥/ ٤٠٧.

(3) الآية ١٩٤ من سورة البقرة.

﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم به﴾[1] فأباح لنا سبحانه أن نفعل مثل ما فعل بنا، فإذا لم يمكن الاستيفاء إلا بحيف لم نفعل مثل ما فعل بنا بل زدنا عليه فلم يتق الله كما في الجناية المبتدأة.

الشرط الثاني: أن يكون الجارح ممن يؤخذ بالمجروح لو قتله، وذلك بأن يجرحه عمدًا محضًا فلا قصاص، في الخطأ إجماعًا وكذلك في شبه العمد على المذهب كالأنفس. كما لو ضربه بحصاة لا يوضح مثلها فأوضحت.

وخالف أبو بكر وتبعه الشيرازي فأوجب القصاص في الجروح في شبه العمد، كأن يضربه بشيء لا يقطع الطرف فقطعه، لعموم: ﴿الْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ وهو منتقض بالخطأ، وله أن يجيب بأنه جرح بالإجماع فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم.

الشرط الثالث: التكافؤ بين الجارح والمجروح كما تقدم في قول الخرقي ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح. ومقتضى كلام الشيخ أبي محمد أن قول الخرقي ومن كان بينهما قصاص في النفس فهو بينهما في الجراح.

وقوله بعد: إذا كان الجاني ممن يقاد من المجنيّ عليه لو قتله، معناها واحد. وقد يحمل أحدهما على التكافؤ والآخر على اشترط العمدية دفعًا للتكرار، وحذرًا من فوات شرط. واعلم أن ظاهر كلام ابن حمدان في الرعاية الصغرى تبعًا لأبي محمد في المقنع أن المشترط لوجوب القصاص أمن الحيف، وهو أخصّ من إمكان الاستيفاء بلا حيف.

والخرقي – رحمة الله– إنما شرط إمكان الاستيفاء وتبعه على ذلك أبو محمد في المغني، وأبو البركات، وجعل أبو البركات أمن الحيف شرطًا لجواز

---

(١) الآية ١٢٦ من سورة النحل.

الاستيفاء، وهو التحقيق، وعليه لو أقدم واستوفى ولم يتعدّ، وقع الموقع فلا شيء عليه، وكذا صرح أبو البركات، وعلى مقتضى قول ابن حمدان وما في المقنع تكون جناية مبتدأة يترتب عليها مقتضاها.

(قال): وكذلك إن قطع منه طرفان من مفصل قطع منه مثل ذلك المفصل إذا كان الجاني ممن يقاد من المجنّي عليه لو قتله.

(ش): لا نزاع في جريان القصاص في الأطراف. وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿والْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ إلى آخر الآية. ويشترط لذلك ما تقدم، وإمكان الاستيفاء هنا من غير حيف، بأن يكون القطع من مفصل كالكوع والكعب ونحو ذلك، ويلحق بذلك ما له حد ينتهي إليه كأرنب الأنف وهو ما لان منه، فإن كان من غير مفصل كنصف الذراع ونصف الساق ونحو ذلك، فلا قصاص من ذلك الموضع بلا ريب حذارًا من الحيف الممنوع منه شرعًا. وهل يقتض من المفصل الذي دونه كالكوع والكعب لرضاه بدون حقه، أشبه ما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء، أو تتعيّن الدية؟ وهو المنصوص، واختيار أبي بكر، وحكاه في الهداية عن الأصحاب حذارًا من ألا يفعل به مثل ما فعل به. ولما روى: «أن رجلاً ضرب رجلاً على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفضل، فاستعدى عليه النبي ﷺ، فأمر له بالدية. فقا: إني أريد القصاص. فقال: خذ الدية بارك الله لك فيها ولم يقض له بقصاص»[1] رواه ابن ماجه. فيه قولان، فعلى القول الأول هل يكون للمجنيّ عليه أرش الباقي؟ فيه وجهان أشهرهما لا. انتهى.

وبأن يكون الطرفان متماثلين ، وذلك في شيئين في الاسم الخاص فلا تؤخذ يسار بيمين، ولا يمين بيسار ولا عليا من الشفة والأجفان بسفلى، ونحو

(١) أخرجه ابن ماجه في الديات (٩).

ذلك وفي الصحة والكمال، فلا تؤخذ صحيحة بشلاَّء، ولا كاملة الأصابع بناقصتها ونحو ذلك لانتفاء المماثلة المعتبرة شرعًا، وإذن حصل الحيف ولا يشترط التماثل في الرقة والغلظ والصغر والكبر ونحو ذلك، إذ اعتبار ذلك يفضي إلى إسقاط المماثلة رأسًا.

(قال): وليس في المأمومة ولا في الحائفة قصاص.

(ش): لما ذكر الخرقي – رحمة الله – أن من شرط وجوب القصاص في الجروح إمكان الإستيفاء من غير حيف، ذكر جرح في الرأس وهو المأمومة وجرحًا في الجوف وهو الجائفة[1]، ولا يمكن الاستيفاء فيهما إلا بحيف أو لا يؤمن في الاستيفاء فيهما الحيف، وقد روى عن العباس بن عبد المطلب -ﷺ- عن النبي ﷺ أنه قال: «لا قود في المأمومة ولا في الجائفة، ولا في المنقلة»[2] رواه ابن ماجه. وعن علي -ﷺ-: «لا قصاص في المأمومة وعن ابن الزبير- رضي الله عنهما- أنه اقتصّ من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا: ما سمعنا أحدًا اقتصّ منها قبل ابن الزبير» انتهى.

والمأمومة: هي التي تصل إلى جلدة الدماغ. وتسمّى تلك الجلدة أمّ الدماغ، لأنها تجمعه، فالشجّة الواصلة إليها تسمّى مأمومة وآمّة، لوصولها إلى أمّ الدماغ. والجائفة: هي التي تصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو نحر أو غير ذلك. والله أعلم.

(قال): وتقطع الأذن بالأذن.

---

(١) المأمومة: شجاج الرأس وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ، وتسمّى الجلدة أمّ الدماغ لأنها تجمعه. والجائفة في البدن، وهي التي تصل إلى الجوف. (المغني والشرح الكبير: ٩/ ٤١٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الديات (٩)، ٢/ ٨٨١.

(ش): هذا إجماع في الجملة، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿ٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ﴾ وكلام الخرقي يشمل كل أذن بكل أذن وسيتثنى من ذلك أن أذن السميع هل تؤخذ بأذن الأصمّ؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا تؤخذ بها لنقص أذن الأصمّ عنها فأشبه اليد الصحيحة لا تؤخذ بالشلاّء. والثاني وهو اختير القاضي، ومقتضي كلام الخرقي، وبه قطع أبو محمد في الكافي والمغني، تؤخذ بها منعًا للنقص، إذ السمع في الرأس لا في الأذن. انتهي. والأذن الصحيحة هل تؤخذ بالشلاّء؟ فيه أيضًا وجهان، أحدهما: لا تؤخذ بها لنقص الشلاّء. والثاني وهو اختيار القاضي أيضًا تؤخذ بها إذ المقصود من الأذن جمع الصوت والجمال، وهذا حاصل فيها، فلا نقص، والأذن التامة بالمخرومة. وفيها أيضًا وجهان وتعليلهما ما تقدم، وأبو محمد والقاضي ليختاران عدم الأخذ بخلاف ثم، لأن الخرم نقص جزء ويعدّ عيبًا، أما المثقوبة هل تؤخذ بها الصحيحة؟ فرّق أبو محمد بين أن يكون الثقب في محلّه كموضع القرط أو في غير محلّه، ففي محلّه يؤخذ بها لعدم العيب، وفي غير محلّه وهو كالخرم لا يؤخذ بها عنده.

(قال): والأنف بالأنف.

(ش): هذا أيضًا إجماع في الجملة، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ﴾ وكلام الخرقي يشمل كل أنف بكل أنف، ويستثنى من ذلك الأنف الشامّ هل يؤخذ بالأخشم، وهو الذي لا شمّ فيه، فيه وجهان.

أحدهما: لا يؤخذ نظرًا لنقص الأخشم عنه.

والثاني: وهو مقتضى كلام الخرقي واختيار القاضي، وبه جزم أبو محمد في الكافي والمغني: يؤخذ به، لأن عدم الشم لعلّة في الدماغ لا لنقص في الأنف، والأنف الصحيح، بل يؤخذ بالأشلّ، فيه أيضًا وجهان، تعليلهما ما تقدم في

الأذن الصحيحة بالشلاّء. والمختار للقاضي أيضًا الأخذ، والأنف التام هل يؤخذ بالمخروم، فيه أيضًا وجهان تعليهما والمختار فيهما تقدم في الأذن، وينبغي أن يجري الوجهان أيضًا في الثقب مطلقًا. والله سبحانه أعلم.

(قال): والذكر بالذكر.

(ش): لا نعلم في ذلك خلافًا، وقد دل على ذلك قوله سبحانه: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ وقد شمل كلام الخرقي كل ذكر لكل ذكر. ويستثنى من ذلك الخصيّ والعنّين هل يؤخذ بهما الذكر الصحيح؟ على ثلاث روايات.

إحداهن: وهو مقتضى كلام الخرقي يؤخذ بهما لعموم: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ ودعوى النقص ممنوعة إذا عدم الإنزال في الخصيّ لذهاب الخصية والعنّة لعلّة في الظهر.

والثانية: وهي اختيار أبي بكر والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وغيرهما: لا يؤخذ بهما العنّين إذا لا يطأ، ولا ينزل، والخصيّ لا يولد ولا ينزل، فأشبها ذكر الأشل.

والثالثة: يؤخذ بذكر العنّين لأن ذلك مرض، والصحيح يؤخذ بالمريض دون ذكر الخصيّ، لأنه مأيوس من إنزاله المنيّ، فهو كالأشلّ، وهذا اختيار ابن حامد، وهذه الخلاف. قال القاضي في الجامع: مبني على اختلاف الرواية في دية ذلك. والله أعلم.

(قال): والأنثيان بالانثيين.

(ش): لعموم: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ والله أعلم.

(قال): وتقلع العين بالعين.

(ش): هذا إجماع، وقد شهد له قوله سبحانه: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾ وشمل كلام الخرقي كل عين بكل عين. ويستثنى من ذلك العين الصحيحة لا تؤخذ بالقائمة، وعين الأعور إذا قلع عين صحيح، فإن عينه لا تقلع، حذارًا من

ذهاب جميع بصره بنصف بصر، واعتمادًا على أن ذلك يروى عن عمر وعثمان – رضي الله عنهما–، وفي احتمال أن عينه تقلع ويعطى نصف الدية.

[ولعلها من رواية قتل الذكر بالأنثى وإعطاء ورثته نصف الدية. والله أعلم][1].

(قال): والسنّ بالسنّ.

(ش): هذا أيضًا إجماع، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿وَالسِّنَّ بِالسِّنّ﴾ وحديث الربيع وقد تقدم.

(قال): فإن كسر بعضها يُردّ من سنّ الجاني مثله.

(ش): لظاهر حديث الربيع: «أنها كسرت ثنية جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص»[2] ويكون القصاص بالمبرد ليأمن أخذه زيادة، بخلاف الكسر فإنه لا يؤمن معه الزيادة، ويبرد من السنّ مثل ما ذهب من سنّ المجنيّ عليه، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[3] وتعتبر المثليّة بالأجزاء، فيؤخذ النصف بالنصف، والربع بالربع، ونحو ذلك، لا بالمساحة حذاراً من أخذ جميع السنّ بالبعض. كما إذا كانت سن الجاني صغيرة وسن المجنيّ عليه كبيرة. والله أعلم.

(قال): ولا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين.

(ش): لفوات المماثلة المعتبرة، لا يقال ينبغي أن تؤخذ اليسار باليمين لنقص اليسار عن اليمين، لأنّا نقول منافعها تختلف فأشبها الرجل مع اليد. والله أعلم.

(قال): وإذا كان القاطع سالم الطرف، والمقطوعة شلاّء فلا قود.

(ش): لانتفاء المماثلة المعتبرة شرعًا، إذا لا يقع فيها سوى الجمال فلا يؤخذ بها ما كملت منفعته، كالعين الصحيحة لا تؤخذ بالقائمة. ومراد الخرقي

(١) ما بين المعكوفين ساقط من نسخة «د».
(٢) سبق تخرجه.
(٣) الآية ١٩٤ من سورة البقرة.

بالأطراف، ويجوز أن تكون اليدان والرجلان، ويجوز أن يريد ما هو أعلم من هذا فيدخل فيه الأشلّ والأذن الشلاّء. وظاهر كلام الخرقي أحد الوجهين المتقدمين. والله أعلم.

(قال): وإن كان القاطع أشلّ، والمقطوعة سالمة فشاء المقطوع أخذها فله ذلك، ولا شيء له غيرها، وإن شاء عفا وأخذ دية يده.

(ش): يخير صاحب اليد الصحيحة التي قطعت بين أن يعفو عن الجاني، أو يأخذ دية يده بلا ريب، وبين أن يأخذ الشلاّء بيده الصحيحة لرضائه بدون حقّه، أشبه ما لورضي المسلم بالقصاص من الذمّيّ، والحر من العبد ويشترط لذلك ما تقدم من إمكان الاستيفاء من غير حيف، بأن يقول أهل الخبرة: إنّا نأمن من قطعها التلف. أما إن قالوا: إنه إذا قطعها لم يأمن أن تشدّ العروق، ويدخل الهواء إلى البدن فلا قصاص حذارًا من الحيف الممنوع منه شرعًا.

وإذا أخذت الشلاّء بالصحيحة بشرط فلا شيء للمقتصّ على المذهب، لئلا يجمع في العضو الواحد بين القصاص والدية.

واختار أبو الخطاب في هدايته أن له الإرش. وقد بقي من تقاسيم اليدين إذا كانتا صحيحتين، وهو واضح. وإذا كانتا أشلّتين والقصاص جارٍ فيهما بشرط أمن الحيف. والله أعلم.

(قال): وإذا قتل وليّه وليّان: بالغ وطفل أو غائب. لم يقتل حتى يقدم الغائب، أو يبلغ الطفل.

(ش): هذا هو المذهب المنصوص بلا ريب، حتى إن أبا محمد في الكافي لم يذكر غيرها لقول النبي ﷺ: (من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين، إن أحبّوا قتلوا وإن أحبّوا أخذوا الدية) أضاف رسول الله ﷺ القتل إلى اختيار جميع الأهل والصغير أو المجنون من جملتهم، فإذا لم يوجد منهم الاختيار لم يجز القتل.

وحكى ابن حمدان في رعايته الصغرى رواية: بأن من حضر له الاستيفاء، وعمّمها، وخصَها الشيخان.

ومن رأينا كلام بالصبي والمجنون، وجعلوا الغائب أصلاً قاسوا عليه المذهب. قال القاضي وأتباعه: قود ثابت لجماعة معنيين لم يتحتم استيفاؤه فلم يجز لبعضهم أن ينفرد باستيفائه أصله إذا كان بعضم غائبًا.

واحترزوا بمعنيين، عما إذا لم يكن له وارث، فإن للإمام الاستيفاء، مع أن القود للمسلمين وفيهم الصغير والمجنون، ولم يتحتم استيفاؤه مع قطاع الطريق إذا قتلوا من في ورثته صغيرًا أو مجنونًا، فإنهم يقتلون من غير انتظار – والله أعلم – أن أصل هذه الرواية أخذها القاضي من قول أحمد في رواية ابن منصور في يتيم قطعت يده، فوليّه بالخيار: إن شاء الدية، وإن شاء القود. أرأيت إن مات قبل أن يندمل. ووجه الأخذ: أن أحمد جوّز للوليّ القصاص ويلزم منه سقوط تشفّي الصغير، فكذلك هنا، إذا غايته سقوط التشفّي.

والعجب أن القاضي لم يذكر هذه الرواية في محلّها بل خرّج ثم على هنا.

وبالجملة وجه هذه الرواية أن الصغير والمجنون في حكم العدوّين ولأن الحسن بن علي – رضي الله عنهما – قتل ابن ملجم قصاصًا، وفي الورثة صغار فلم ينكر عليه. وأجيب بوجهين.

أحدهما: أنه إنما قتله لكفره لأنه قتل عليًا كرّم الله وجه متسحلاً لديه كما هو مذهب الخوارج، ومن استحلّ ذلك كفر. وقد قال خبيثهم عمران بن حطان قبّحه الله في ذلك.

يا ضربة من تقى ما أراد بها ... إلا ليبلغ من ذي العرش رضوانا
إني لأذكره يومًا فأحسبه ... أو في البرية عند الله ميزانا.

ولهذا كان أشهر الروايتين عن إمامنا أحمد- رحمة الله – تكفيرهم.

والوجه الثاني: وهو جواز أن يكون أن عبد الرحمن بن ملجم – لعنه الله – شهر السلاح وسعى في الأرض بالفساد، وحارب الله ورسوله وإذا يتحتم قتله إذا قتل، والحسن هو الإمام فقتله لذلك، ولذلك لم ينتظر الغائبين[1].

وقد حكى الاتفاق على وجوب انتظارهم.

ونقل عبد الله إذا كان في الأولياء صبي أو مصاب لم يقتل حتى يشبّ الصغير[2]، وإن كان مصابًا يصيرون إلى الدية.

قال القاضي: فظاهر هذا أنه أسقط القصاص رأسًا في حق المجنون وأثبته في حق الصغير كما قال، وهو محمول على أن جنونه مطبق لا يرجى زواله.

(قال): ومن عفى من ورثة المقتول عن القصاص سبيل، وإن كان العافي زوجًا أو زوجة.

(ش): قد تضمن كلام الخرقي صحة العفو عن القصاص وهو إجماع والحمد لله، بل هو أفضل قال سبحانه: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾[3] وقال تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ﴾[4] وقال أنس بن مالك – ﷺ –: «ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء في القصاص إلا أمر فيه بالعفو»[5] رواه الخمسة إلا الترمذي. وعن عبد الرحمن بن عوف – ﷺ –: «أن رسول الله ﷺ قال: ثلاث، والذي نفس محمد

---

(١) آي من الورثة.

(٢) لأن القصد التشفّي ودرك الغيظ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الوليّ.

(٣) الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٤) الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(٥) أخرجه أبو داود في الديات (٣)؛ والنسائي في القسامة (٢٨)؛ وابن ماجه في الديات (٣٥)؛ والإمام أحمد في ٣/ ٢١٣، ٢٥٢.

بيده، إن كنت حالفًا عليهن: لا ينقص مال من صدقة، فتصدّقوا، ولا يعفو عبد عن مظلمة يبتغي بها وجه الله إلا زاده بها الله عزًّا يوم القيامة ولا يفتح عبد باب مسألة إلا فتح الله عليه باب فقر»(1) رواه أحمد.

وتضمن أيضًا أن القصاص حق لجميع الورثة يرثه من يرث المال، وذلك لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أن رسول الله ﷺ قضى أن يعقل عن المرأة عصبتها من كانوا، ولا يرثوا منها إلا مفضل من ورثتها، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها، وهم يقتلون قاتلها»(2) رواه الخمسة إلا الترمذي.

ويتفرع على هذا أنه من عفى من الورثة عن القصاص سقط، إذ القتل عبارة عن زهوق الروح بآلة صالحة، وذلك لا يتبعّض، فإذا أسقط بعض مستحقّية حقّه منه سقط لتعذّر استيفائه. وقد روي عن عائشة – رضي الله عنها-: «أن رسول الله ﷺ قال: وعلى المقتتلين أن ينجزوا الأول فالأول فإن كان امرأة»(3) رواه النسائي، أبو داود والفظه: «الأولى فالأولى».

وقوله، عن كان العافي زوجة، تنصيص على مخالفة مذهب الغير، وذلك لما تقدم. وعن عمر –رضي الله عنه-: «أنه أتى برجل قتل قتيلاً، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه. فقالت امرأة المقتول، وهي أخت القاتل: قد عفوت عن حقي فقال عمر: الله أكبر، عتق القتيل» رواه أبو داود.

وقوله: عن القصاص، يحترز به – والله أعلم- عما إذا عفى عن الدية فإن يكون مختار للقود، ولم أعلم من صرّح بذلك، وأظن ذلك وقع للقاضي في روايتيه وقال: أومأ إليه أحمد في رواية الميموني.

---

(1) أخرجه الترمذي في الزهد (١٧)؛ والإمام أحمد في ١/ ١٩٣ وفي ٤/ ٢٣١ وفي ٢/ ٤١٨.

(2) أخرجه مسلم في القسامة (٣٧) وفي الديات (١٩)؛ والنسائي في القسامة (٤٠، ٤١) والإمام أحمد في ٤/ ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٩؛ وابن ماجه في الديات (١٥).

(3) أخرجه أبو داود في الديات (١٥)؛ والنسائي في القسامة (٣٠) وفيه: (أن ينحجزوا) بدل (ينحجزوا).

وقوله: لم يكن إلى القصاص سبيل، أي طريق، ويفهم منه أن إلى الدية سبيل، وهو كذلك.

أما في حق من لم يعف فواضح لتعذّر القصاص عليه، وذلك يوجب تعين الدية.

وأما في حق من عفى فهو ينبني على أصل، وهو أن الواجب في قتل العمد أحد شيئين: القصاص أو الدية على المذهب، فعلى هذا إذا عفى عن القصاص ثبتت له الدية، ويأتي إن شاء الله تعالى تمام الكلام على ذلك.

تنبيه: المقتتلين هنا، أن يطلب أولياء القتيل القود فيمتنع القتلة فتنشأ بينهم الحرب والقتال من أجل ذلك، فجعلهم مقتتلين، بفتح التاءين من أجل ذلك. فقال: اقتتل فهو مقتتل، غير أن هذا إنما يستعمل أكثره فيمن قتله الحرب. قاله الخطابي. وينجزوا، أي تتكفوا عن القود بعفو أحدهم، ولو كان امرأة. والأول فالأول، أي الأقرب فالأقرب.

(قال): وإذا اشترك الجماعة في القتل فأحبّ الأولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك، وإن أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض، ويأخذوا الدية من الباقين، كان لهم ذلك.

(ش): إذا اشترك الجماعة في القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع بناء المذهب من أن الجماعة تقتل بالواحد، وقد تقدم، ولهم أن يقتلوا البعض لأنهم إذا كان لهم قتل الجميع فقتل البعض بطريق الأولى، ويعفوا عن البعض لأن من له قتل شخص له العفو عنه كما تقدم ولا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر، كما لو قتل كل واحد رجلاً ويأخذوا الدية من البعض. لأن من ملك قتل شخص ملك العفو عنه إلى الدية كما سيأتي. وماذا يأخذ منه؟ هل يأخذ منه دية كاملة، أو قسطه من الدية؟ فلو كان القاتلون أربعة فعليه ربع الدية؟ فيه روايتان تقدمتا.

وقول الخرقي: ويأخذوا الدية، ظاهره وإن لم يرض الجاني، وهو يستدعي بيان أصل، وهو أن موجب العمد ما هو؟ عن أحمد ثلاث روايات.

إحداهن: وهو المذهب عند الأصحاب وتقدمت الإشارة إليه، موجبه أحد شيئين: القصاص أو الدية لقوله سبحانه: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾[1] أوجب سبحانه الإتباع بالمعروف بمجرد العفو، وهو يشمل ما إذا عفى مطلقًا، وذلك فائدة أن الواجب أحد شيئين وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «كان في بني إسرائيل القصاص، ولم تكن الدية فيهم، فقال الله سبحانه لهذه الأمة ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ الآية. ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ قال: فالعفو أن يقبل في العمد الدية»[2] مختصر رواه البخاري وغيره.

قال الزمخشري في قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾. «أهل التوراة كتب عليهم القصاص والدية، وخيّرت هذه الأمّة بين الثلاث: القصاص والدية والعفو» ونحوه قال البغوي، إلا أنه قال: «وأهل الإنجيل الدية».

وعن أبي هريرة -ﷺ- : «أن النبي ﷺ قال: من قتل له قتيل فهو بخير الناظرين: إما أن يقتل، وإما أن يفدى» متفق عليه. وعن أبي شريح الخزاعي - ﷺ- قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: من أصيب بدم أو خبل -والخبل: الجراح-: فهو بالخيار بين إحدى ثلاث : بين أن يقتص، أو يأخذ العقل، أو يعفو، فإن أراد رابعة فخذوا على يديه»ثم تلا: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾. رواه أحمد وأبو داود[3]، وهذا نص.

---

(١) الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٢) أخرجه البخاري في التفسير (سورة ٢: ٢٣) وفي الديات (٨)؛ والنسائي في القسامة (٢٨).

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم: ٢/ ٤٤٧، ٤٧٨؛ والبيهقي في السنن الكبري. كتاب الجنايات، باب الخيار في القصاص: ٨/ ٥٢.

والرواية الثانية: موجب العمد القود عينًا، وله العفو إلى الدية من غير رضا الجاني، فتكون الدية بدلاً عن القصاص. اختارها ابن حامد لظاهر قول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ وقوله ﷺ: «من قتل عمدًا فهو قود، ومن حال دونه فعليه لعنة الله، لا يقبل منه صرفًا ولا عدلاً»(١) رواه أبو داود والنسائي.

والثالثة: موجبة القود عينًا وليس له العفو على الدية بدون رضى الجاني، لأن هذه متلف يجب به البدل، فكان بدله معينًا كسائر إبدال المتلفات. إذا تقرر هذا فكلام الخرقي جار على الرواية الأولى: إذ عليها إذا اختار الدية كانت له بلا ريب، وكذلك إذا عفا مطلقًا. أما على الثانية فلا شيء عليه إذا عفى مطلقًا، وإنما تجب له الدية إذا عفى عن القود إليها، كذا قال الشيخان وغيرهما. وشذّ الشيرازي فقال: لا شيء له أيضًا على هذه الرواية. وفي موضع آخر من المنهج أيضًا ظاهر كلامه موافقة الجماعة. وعلى الثالثة لا يستحق العفو إلا برضي الجاني.

تنبيه: يفدى، المراد هنا بالفدية الدية، بدليل أن في رواية أخرى: «إما أن يؤدى وإما أن يقاد» والصرف التوبة، والعدل الفدية.

(قال): وإذا قتل من الأولياء أن يقتدوا به، فبذل القاتل أكثر من الدية على ألا يقاد، فللأولياء إلى الدية قبول ذلك.

(ش): وإذا قتل من الأولياء أن يفتدوا به أي يأخذوا به القود فبذل القاتل أكثر من الدية على أن لا يقاد بالمقتول فللأولياء قبول ذلك، لان الحق لهما

(١) أخرجه أبو داود في الديات (٥)؛ والنسائي في القسامة (٣١)؛ وابن ماجه في الديات (٨).

لا يعدوهما. وفي الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل متعمدًا دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا الدية، وهي ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة. وأربعون خلف، وما صولحوا عليه فهو لهم»[1] وذلك لتشديد القتل. ولأبي البركات احتمال بالمنع من ذلك. وربما فهم من كلام الخرقي أن الأولياء لو رضوا بدون الدية كان لهم ذلك. وهو كذلك بلا ريب.

(قال): وإذا قتله رجل وأمسكه آخر قتل القاتل، وحبس الماسك حتى يموت.

(ش): هذا أشهر الروايتين عن أحمد، واختيار القاضي والشريف وأبي الخطاب في خلافاتهم، والشيرازي، لظاهر قول الله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ الآية والقتل اعتدى بالقتل فيقتل، والممسك اعتدى بالمسك حتى الموت فيحبس إلى أن يموت. وقد روى عن ابن عمر – رضي الله عنهما-: «أن رسول الله ﷺ قال: إذا أمسك الرجل وقتل الآخر يقتل الذي قتل، ويحسب الذي أمسك» رواه الدارقطني[2]. وعن علي – ﷺ- : « أنه أتي برجلين أحدهما قتل وأمسك الآخر، فقتل الذي قتل، وقال للذي أمسك: بما مسكته للموت فأن أحسبك في السجن تموت» رواه الأثرام والشافعي في مسنده. ولا يعرف له مخالف في الصحابة.

---

(١) أخرجه الترمذي في الديات (١)؛ وابن ماجه في الديات (٤)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٨٣، ٢١٧.

(٢) الحديث رواه الدراقطني في سننه: ٣/ ١٤٠.

والرواية الثانية: يقتلان جميعًا لظاهر قول عمر - ﷺ-: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به» ولأن القتل وجد منهما، أحدهما بالسب والآخر بالمباشرة، أشبه ما لو باشره.

وأجيب عن قول عمر -ﷺ-: أن المراد بقوله: «لو تمالأ عليه» ولو تشاركوا، ثم هو معارض بقود علي، وشرط قتل الممسك قصد القتل بإمساكه، أما إن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه، ذكره أبو محمد، وذلك ذكر القاضي أنه أمسكه للّعب أو الضرب فقتله القاتل أنه لا قود على المسك، ذكره محلّ وفاق[1].

تنبيه: أمسك ومسك لغتان، والخرقي جمع بينهما قال: وأمسكه آخر. وقال. وحبس الماسك حتى يموت والماسك اسم فاعل من مسك، واسم فاعل أمسك ممسك.

(قال): ومن أمر عبده أن يقتل وكان العبد أعجميًا لا يعلم أن القتل محرّم، قتل السيد.

(ش): الأعجمي هو الذي لا يفصح[2]، وله حالتان، تارة يعلم أن القتل محرّم، وسيأتي. وتارة لا يعلم. والخرقي - رحمة الله- إنما ذكر الأعجمي لأنه الذي لا يعلم غالبًا فالعجمة قرينه تصديقه، وهذا إذا لم تقم قرينة تكذّبه كالناشئ في بلاد الإسلام، وبالجملة إذا أمر السيّد من هذه صفته بالقتل فقتل فإن السيّد يقتل، لأن العبد والحال هذه

---

(١) ويتفرع على هذا: أن تبع رجلاً ليقتله فهرب منه، فأدركه آخر، فقطع رجله، ثم أدركه الثاني فقتله. ننظر: إن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني فعلية القصاص وحكمه حكم المسك. وإن لم يكن يقصد حبسه، فعليه القطع، كالذي أمسكه غير عالم. (المغني والشرح الكبير: ٩/ ٤٧٨).

(٢) في نسخة «د»: «لا يفهم».

كالآلة له، فإذن السيّد قد تسبّب في قتله بما يقتله غالبًا، فأشبه ما لو نهشته حيّة أو كلب ونحو ذلك. ولا يقتل العبد لأن العبد والحال هذه معتقد الإباحة، وذلك شبه تمنع القصاص، ولان حكمة القصاص الردع والزجر، ولا يحصل ذلك في معتقد الإباحة.

واختلف عن أحمد فيما يفعل به، فعنه يؤدب ويترك حذارًا من إقدامه على ذلك مرة أخرى، وعنه يحبس حتى يموت اعتمادًا على أن هذا قول أبي هريرة وعلي – رضي الله عنهما – قال علي – ﷺ –: «يستودع السجن».

(قال): وإن كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدّب السيّد.

(ش): إذا كان العبد يعلم خطر القتل فإنه يقتل إذا كان مكلفًا لأنه مباشرة مكلف علام بتحريم القتل فكان موجب القتل عليه للعمومات ولإطاعة لمخلوق في معصية الخالق، ولأن المباشرة بقطع حكم السبب، أشبه الحافر مع الدافع، ويؤدّب السيّد لتسبّبه بما أفضى إلى القتل. وهذه التفرقة التي قالها الخرقي تبعه عليها أبو الخطاب والشيخان وغيرهم، وحكى الشيرازي في العبد من حيث الجملة روايتان إحداهما يحبس إلى الممات ويقتل السيّد، والثانية يقتل لعبد ويؤدّب السيّد، ثم حكى قول الخرقي. والله أعلم.

﴿كِتابُ ديّات النفس﴾

(ش): الديات واحدتها دية، مخفّفة. وأصلها ودي، والهاء بدل من الواو كالعدة من الوعد، والزنة من الوزن، تقول وديت القتيل أديه دية ووديًا، إذا أعطيت ديته، واتّديت إذا أخذت الدية. فالدية في الأصل مصدر سمّي به المال المؤدّى إلى المجنيّ عليه، أو على أوليائه، كالخلق بمعنى المخلوق.

والأصل في الدية الإجماع، وسنده قوله تعالى: ﴿دِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾[1] وقوله ﷺ: «في النفس مائة من الإبل»[2] في عدة أحاديث نذكر ما تيسر منها إن شاء الله تعالى.

(قال): ودية الحر المسلم مائة من الإبل.

(ش): لا نزاع أن دية الحر المسلم مائة من الإبل، وأن الإبل أصل في الدية.

واختلف عن أحمد - رحمة الله -، هل هي الأصل لا غير أو معها غيرها؟ وهل ذلك الغير أربعة أو خمسة.

فعنه وهو ظاهر كلام الخرقي، ونصبه أبو محمد في المغني للخلاف أنها الأصل لا غير، لأن في حديث عمرو بن حزم: «في النفس مائة من الإبل» رواه

---

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٢) أخرجه أبو داود في الديات (١٦)؛ والنسائي في القسامة (٤٧)؛ والإمام مالك في العقول (١).

النسائي ومالك في الموطأ. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «قضى رسول الله ﷺ أن من قتل خطأ، فديته من الإبل مائة، ثلاثون بنت مخاض، وثلاثون بنت لبون، وثلاثون حقة، وعشرة ابن لبون ذكر»[1].رواه أبو داود والنسائي.

وعن عقبة بن أوس عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال: «خطب النبي ﷺ يوم فتح مكة.فقال: ألا وإن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر مائة من الإبل، منها أربعون ثنية إلى بازل عامها كلهن خلفة»[2]رواه النسائي. عن عبد الله بن عمر بن العاص – رضي الله عنهما-: «أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح على درجة البيت، فقام في خطبته، فكبّر ثلاثًا ثم قال لا إله إلا الله وحده لا شريك له، صدق وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده، إلا أن كل مأثرة كانت في الجاهلية تذكر وتدعى من دم أو مال تحت قدمي إلا ما كان من سقاية الحاجّ وسدانة البيت، ثم قال: ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها»[3] رواه أبو داود، والنسائي وقال: وروواه القاسم بن ربيعة عن ابن عمر – رضي الله عنهما ، عن النبي ﷺ.

وظاهر هذا الأحاديث أن الدية هي الإبل خاصة، ويؤيد ذلك أن النبي ﷺ فرّق بين دية العمد والخطأ، فغلّظ العمد، وخفّف الخطأ، ولم يرد ذلك عنه ﷺ إلا في الإبل.

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٣٣)؛ وأبو داود في الديات (١٦)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٧٨، ١٨٣، ١٨٦، ٢١٧، ٢٢٤.

(٢) أخرجه النسائي في القسامة (٣٤)؛ وأبو داود في الديات (١٧)؛ والإمام أحمد في ١/ ٤٩ وفي ٣/ ٤١٠.

(٣) أخرجه أبو داود في الديات (١٧، ٢٤)؛ وابن ماجه في الديات (٥)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١١، ٣٦، ١٠٣ وفي ٣/ ٤١٠ وفي ٥/ ٧٣، ٤١٢.

وعنه أنها خمسة أشياء كل منها أصل بنفسه: الإبل والبقر والغنم والذهب والفضة. أما في الإبل فلما تقدم، وأما في البقر والغنم، فلأن في حديث لعمر ابن شعيب عن أبيه عن جده: «أن رسول الله ﷺ قضى على أهل البقر بمائتي بقرة، ومن كان دية عقله في شاة، فألفا شاة»[1] وأما في الذهب والفضة، فلما روى ابن عباس- رضي الله عنهما - : «أن رجلاً من بني عدي قتل، فجعل رسول الله ﷺ ديته اثني عشر ألفًا»[2] رواه الترمذي والنسائي، وأبو داود وهذا لفظه.

وري عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلاً، قال بعضهم: وهو أصحّ وأشهر، ولمالك في الموطأ: «بلغه أن عمر بن الخطاب - ﷺ- قوّم الدية على أهل القرى فجعلها على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم»[3] قال مالك: فأهل الذهب أهل الشام وأهل مصر، وأهل الورق أهل العراق.

وعنه أنها ستة أشياء وتضاف إلى الخمسة السابقة مما يتأجله، وهذه اختيار القاضي وكثير من أصحابه: الشريف وأبي الخطاب والشيرازي وغيرهم لما روى عن عطاء بن أبي رباح: «أن رسول الله ﷺ قضى في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلّة، وعلى أهل القمح شيئًا لم يحفظه محمد بن اسحاق»[4] وفى رواية عنه عن جابر -ﷺ- قال: «فرض رسول الله ﷺ» فذكر ما تقدم، وقال: «وعلى أهل الطعام شيئًا لا أحفظه»رواه أبو داود.

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٣٤)؛ وابن ماجه فى الديات (٦).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب القود من الضربة، وقص الأمير في نفسه: ٢/ ٤٨٩.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في العقول (٢)؛ وأبو داود في الديات (١٦).

(٤) أخرجه أبو داود في الديات (١٨).

والرواية الأولى أظهر دليلاً، لأن أحاديث هذه الرواية لا تقاوم تلك الأحاديث، وعلى تقدير مقاومتها فتحمل على أنه جعل ذلك بدلاً عن الإبل، وهذا ظاهر في حديث عمرو بن شعيب أذ أوّله: «أن رسول الله ﷺ كان يقوّم دية الخطأ على أهل القرى أربعمائة دينار أو عدلها من الورق، ويقوّمها على أثمان الإبل إذا غلت رفع في قيمتها، وإذا هاجت رخصت نقص من قيمتها، وبلغت على عهد رسول الله ﷺ ما بين أربعمائة إلى ثمانمائة وعدلها من الورق ثمانية آلاف درهم». قال: «وقضى على أهل البقر[1] بمائتي بقرة، ومن كان دية عقله في شاة فألفا شاة»[2] وهذا ظاهر في أنه إنما كان يعتبر الإبل لا غير، بل هو نص في الذهب والورقة أنه كان يعتبرهما بالإبل، وحديث ابن عباس - رضي الله عنهما- واقعة عين لا عموم لها، إذ قوله: «جعل ديته اثني عشر ألفا» يحمل على أنها أصل ويحمل على أنها بدل. والاحتمالان متقابلان، وإذن يترجح احتمال البدلية لموافقته لما تقدم. والكلام على حديث عطاء كالكلام على حديث أستاذه- رضي الله عنهما -، وفعل عمر - ﷺ- ظاهر في أن ذلك ظاهر على سبيل التقويم فهو مؤيد لما قلناه.

وأبو محمد- رحمة الله- يختار في العمدة قولاً رابعًا هو بعض الرواية الثانية وهو: أن الدية مائة من الإبل، أو ألف مثقال أو اثني عشر ألف درهم. وهو ظاهر في الورق لحديث ابن عباس- رضي الله عنهما- إن صح، فإن فيه في رواية للترمذي: «أن النبي ﷺ جعل الدية اثنى عشر ألفًا» وليس بظاهر في الذهب، لأن المعتمد فيه على حديث عمرو بن شعيب وفعل عمر وهما ظاهران أو صريحان في أن ذلك على سبيل التقويم.

---

(١) في نسخة «د»: «أهل الورق».

(٢) أخرجه أبو داود في الديات (١٦).

إذا تقرر هذا فعلى الرواية الثانية والثالثة: إذا أحضر من عليه الدية شيئًا من الخمسة أو الستة لما من العيب لزم قبوله؛ أما على الرواية الأولى فإن من وجبت عليه الدية متى قدر على الإبل لا يجزئه غيرها، وإن عجز عنها انتقل إلى ما شاء من الأربعة أو الخمسة المتقدمة على اختلاف الروايتين، ولذلك إذا لم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل.

قال أبو محمد: هذا ينبغي فيما إذا كانت الإبل موجودة بثمن مثلها، إلا أن هذا لا يجدها لكونها في غير بلده ونحو ذلك، فإذن ينتقل إلى غيرها، أما إن غلت الإبل كلها فلا ينتقل إلى غيرها. وظاهر كلام الخرقي أن الواجب الإبل من غير نظر إلى قيمة، وهذا إحدى الروايتين واختيار الشيخين لظاهر حديث عمرو بن حزم، وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وغيرهما، فإنه ﷺ أطلق الإبل ولم يقيّدها بقيمة، فتقييدها بها يحتاج إلى دليل، وكذلك الأحاديث التي فيها ذكر البقر والغنم والحلل ليس فيها اعتبار قيمة.

وأيضًا فإنه ﷺ فرّق بين دية العمد والخطأ فغلظ دية العمد وشبهه، وخفف دية الخطأ، واعتبار القيمة يقتضي التسوية بينهما، وهو خلاف ما تضمّنه سنّة رسول الله ﷺ. وأيضًا فحديث عمرو بن شعيب نص في أنه ﷺ كان يعتبر الذهب والورقة بالإبل ويقوّمها على أثمانها، لا أنه كان يعتبر الإبل بغيرها من ورق أو غيره. والرواية الثانية يعتبر أن لا تنقص المائة بغير دية الأثمان، كذلك حكى الرواية أو البركات، واختارها أبو بكر نظرًا إلى أن عمر -ﷺ- قوّمها كذلك، فجعل على أهل الذهب ألف مثقال، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم. وظاهره أن قيمتها كذلك. وأجيب بأنه اتفق أن قيمتها في ذلك الوقت كانت كذلك وصرنا إليه بعد ذلك حذارًا من الشارع. وحكى أبو محمد في الكافي أنه يعتبر أن تكون قيمة كل بعير مائة وعشرين درهمًا، وحكى ذلك في المقنع عن أبي الخطاب، ولا ريب أنه قطع بذلك في الهداية. وقال في المغني: إن

الأصحاب ذكروا أن ذلك مذهب أحمد، والتحقيق هو الأول وعليه يحمل كلام أبي الخطاب وغيره، وسيأتي في كلام أبي محمد ما يدل عليه.

والقول في البقر والغنم والحلل كالقول في الإبل على ما تقدم، وكذا ذكره أبو الخطاب، وأبو محمد في المغني قال: كذا قول أصحابنا في البقر والشاه والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثني عشر ألفًا، فقيمة كل بقرة أو حلّة ستون درهمًا، وقيمة كل شاة ستة دراهم.

وقال في المقنع: يؤخذ في الحلل المتعارف، فإن تنازعا فيها جعلت قيمة كل حلّة ستين درهمًا، وهو ذهول، بل عند التنازع يقضى بالمتعارف على المختار. وظاهر كلام الخرقي أيضًا أن الدية لا تغلظ إلا بحرم، ولا إحرام ولا غير ذلك. وكثير من الأصحاب أنه لا يعتبر أن تكون الإبل من جنس إبله ولا إبل بلده، واعتبر ذلك القاضي- أظنه في المجرد- والقول في البقر والغنم كالقول في الإبل.

(قال): فإن كان القتل عمدًا فهي في مال القاتل حالة، خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنات لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة.

(ش): إذا كان القتل عمدًا فالإجماع على أن الدية في مال القاتل، وقد شهد له ما روى عمرو بن الأحوص: «أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: لا يجني جانٍ إلا على نفسه، لا يجني والد على ولده، ولا مولود على والده»[1] رواه أحمد وابن ماجه، والترمذي وصححّه وعن ابن مسعود- ﷺ- قال: «قال رسول الله ﷺ: لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه، ولا بجريرة أخيه»[2] رواه النسائي. وعن أبي رِمْثَةَ - ﷺ- قال : «خرجت مع أبي

(١) سبق تخرجيه.

(٢) أخرجه النسائي في التحريم (٢٩) وفي القسامة (٤٢)؛ وأخرجه أبو داود في الديات (٢).

حتى أتيت رسول الله ﷺ فرأيت براسه ردع جنا وقال لأبي: هذا ابنك؟ قال نعم. قال: أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه. وقرأ رسول الله ﷺ: «ولا تزر وازرة وزرة أخرى»[1] رواه أحمد وأبو داود.

إذا وجبت في ماله القاتل وجبت حالة عندنا لأنها بدل متلف فوجبت حالة كسائر إبدال المتلفات، ولأن ما وجب بالعمد المحض كان حالاً كأرش الأطراف.

واختلف في مقدارها، فعن أحمد – رحمة الله – أشهر الروايتين عنه: أنها تجب أرباعًا، كما ذكره الخرقي واختاره أبو بكر والقاضي وعامة أصحابه الشريف وابي الخطاب والشيرازي وابن البنا وابن عقيل، لما روى الزهري عن السائب بن يزيد قال: «كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعًا خمسًا وعشرين جذعة، وخمسًا وعشرين حقة، وخمسًا وعشرين بنت لبون، وخمسًا وعشرين بنت مخاض»[2].

وعنه: أنها تجب أثلاثًا: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة في بطونها أولادها. وذلك لحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: من قتل متعمدًا دُفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوه، وإن شاءوا الدية ، وهي ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلقة، وما صولحوا عليه فهو لهم، وذلك لتشديد القتل»[3]، رواه الترمذي، ولما تقدم من حديث عقبة بن أوس، وعبد الله بن عمرو، وهذه الرواية اختيار أبي محمد في العمدة وهو الصواب، إذ حديث الزهري لا يعرف من رواه، ولو عرف لم يقاوم هذه الأحاديث.

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات (٢) وفي الترجل (١٨)؛ والنسائي في القسامة (٤٢)؛ وابن ماجه (٢٦)؛ والدارمي في الديات (٢٥)؛ والإمام أحمد في ٣/ ٤٩٩ وفي ٤/ ١٦٣، ٣٤٥ وفي ٥/ ٨١.

(٢) أخرجه أبو داود في الديات (١٧).

(٣) سبق تخريجه.

وقد قال أحمد في رواية حنبل: الـذي أذهـب إليـه في ديـة العمـد أثلاثًـا، وهؤلاء يقولون أرباعًـا خـلاف الحـديث. وعـلى هـذه الروايـة: هـل يعتـبر في الخلفات وهي الحوامل كونهن ثنايا، وهن اللاتي استكملن خمس سنين وبه قطع القاضي في الجامع لحديث عقبة بن أوس، أو لا يعتبر لإطلاق حديث عمرو بـن شعيب، وهو الذي ذكره القاضي. فيه وجهان، ورجـح الأول بـأن فيـه زيـادة، فيحمل المطلق عليها. ويجاب بأن القيد ذكر نظـرًا للغالـب، إذا الغالـب أنـه لا يحمل إلا بنيّة.

(قال): فإن كان القتل شبه العمد فكما وصـفت في أسـنانها إلا أنهـا عـلى العاقلة في ثلاث سنين، في كل سنة ثلثها.

(ش): القول في أسْنان دية شبة العمد كـالقول في ديـة العمـد سـواء، لمـا تقدم من قول النبي ﷺ: «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقـل العمـد ولا يقتـل»[1] وهي واجبة على العاقلة على المذهب ، وقد تقـدم ذلـك في أول كتـاب الجـراح، وعليه فإنها تجب عليهم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها، نظرًا إلى أن هذا يروى عن عمر وعلي – رضي الله عنهما–، ولا يعرف لهـما مخـالف، مـع أن هـذا قـول العامة، ولا عبره بمخالفة الخوارج.

تنبيه: لم يتعرض الخرقي لسنّ غير الإبل، والحكم أنـه يجـب في البقـر النصف مسناة، والنصف أتبعة، وفي الغنم النـصف ثنايـا والنـصف أجذعـة في العمد والخطأ على ظاهر كـلام الـشيخين وغيرهمـا، وجعـل ذلـك القـاضي في جامعه في العمد وشبهه. وقال: في الخطأ يحتمل أن يخفف فيجب من البقر تبيع

(1) أخرجه أبو داود في الديات(18)؛ والإمام أحمد في 2/ 183، 217، 224.

وتبيعه ومسنة أثلاثًا، ومن الغنم جذعة وجذع من الضأن وثنية من المعز أثلاثًا أيضًا وحكى عنه أن جزم بذلك في خلافه.

(قال): وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الإبل تؤخذ في ثلاث سنين أخماسًا: عشرون بنات مخاض، وعشرون بني مخاض، عشرون بنات لبون، وعشرون حقّه، وعشرون جذعة.

(ش): لا نزاع أن دية قتل الخطأ على العاقلة وقد تقدم، ولا نزاع أيضًا في أنها مائة من الإبل، وأنها تؤخذ منهم في ثلاث سنين،، واختلف في كيفية وجوبها، ومذهبنا أنها تجب أخماسًا كما ذكره الخرقي لما روى عبد الله بن مسعود -ﷺ-: أن رسول الله ﷺ قال: في دية الخطأ عشرون حقه، وعشرون جذعة، وعشرون بنات مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن مخاض ذكر»[1] رواه الخمسة. وقال أبو داود: وهو قول عبد الله.

وكلام الخرقي يشمل إذا كان المقتول امرأة أو ذميًا أو جنينًا، وهو قول القاضي في الخلاف والجامع.

تنبيه: ابتداء الحول في النفس من حين الزهوق وفيما دونها من حين الاندمال على المشهور. وبه قطع القاضي في الجامع. وقال القاضي: ابتداؤه في القتل الموحي، والجرح الذي لم يسر عن محله من حين الجناية.

(قال: والعاقلة لا تحمل العبد ولا العمد ولا الصلح ولا الاعتراف ولا ما دون الثلث.

(ش): لا تحمل العاقلة العمد وإن لم توجب جنايته قصاصًا، ولا العبد إذا قتله قاتل، ولا الصلح، وهو أن يدّعي عليه القتل فينكره، ثم يصالح المدّعي على ماله، وفسرّه القاضي بأن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية، وردّ بأن

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات(١٦).

هذا عمد، فيدخل في الأول، ولا الاعتراف، وهو أن يقرّ القاتل بقتل الخطأ أو شبه العمد، ولا ما دون ثلث الدية التامة كدية المجوسي ونحوه. لما روي عن عمر -رضي الله عنه- أنه قال: «العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة» رواه الدارقطني. وحكى أحمد عن ابن عباس - رضي الله عنهما- مثله. وقال الزهري: «مضت السنّة أن العاقلة لا تحمل شيئًا من دية العمد إلا إن يشاءوا» رواه مالك في الموطأ. وعن عمر -رضي الله عنه-: «أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى يبلغ عقل المأمومة» ولأن الخطأ إنما جعل على العاقلة لكون الجاني معذورًا تخفيفًا عنه ومواساة له، والعامد لا يناسب أن يخفف عنه، ولا يواسى، والعبد الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته، فلم تحمله العاقلة كسائر القيم، والاعتراف ثبت بإقراره ولا يثبت على إنسان شيء بإقرار غيره والصلح في معنى الاعتراف وما دون الثلث يسير ولا يجحف به فلا يناسب التخفيف به وبهذا ونحوه تخصص العمومات المطلقة في حمل العاقلة.

تنبيه: يستثنى مما دون الثلث الجنين إذا مات هو وأمة بجناية واحد، فإن العاقلة تحمل ديته وإن نقصت عن الثلث مع دية أمة سواء سبقها بالزهوق أو سبقته، كذا صرح به أبو البركات.

وقال أبو محمد في المغني: إذا مات قبل موت أمه لا تحمله العاقلة نص عليه، وإن مات مع أمه حملتها العاقلة، نص عليه. ومقتضى كلامه أنه لو تأخر عنها بالزهوق لم تحمله العاقلة، وكذلك مقتضى كلامه في المقنع. قال: وإن ماتا منفردين لم تحملهما العاقلة، وإنما استثنى ذلك في الجملة، لما روى المغير بن شعبة قال: «ضربت امرأة ضرّتها بعمود فسطاط وهي حبلى فقتلتها- قال: وأحدهما لجنايته – فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عصبة القاتلة، وغرّة لما في بطنها. فقال رجل من عصبة القاتلة: أتغرّم دية من لا أكل ولا شرب ولا استهل فمثل ذلك يطل. فقال رسول الله ﷺ: أسجع كسجع الأعراب؟ قال: وجعل عليه

الديـة»(١) وكـان هـذا لجنايـة واحـدة، ثـم إن رسـول الله ﷺ لم يستفـصل هـل سبقها بالزهوق أو سبقته، لو اختلف الحكم لبيّنه، فإذن الصواب ما قالـه أبـو البركات.

(قال): وإذا جنى العبد فعلى سيّده أن يفديه أو يسلمه.

(ش): جنايـة العبـد تعلـق برقبتـه لعمـوم قـول النبـي ﷺ «ولا يجنـى جـان إلا عـلى نفـسه»(٢) وسـيّده مخيّر بـين أن يفديـه لـزوال أثـر الجنايـة إذن، وبين أن يـسلّمه في الجنايـة لتأديتـه المحـل الـذي تعلـق بـه الحـقّ بذمّتـه، هـذا إحدى الروايات.

والرواية الثانية: يخيّر بين فدائه أو بيعه في الجناية.

والرواية الثالث: يخيّر بين الثلاثة، وإذا اختار البيع، فهل يلزمه أن يتـولاه إذا طلب منـه وليّ الجنايـة ذلـك أو يكفـي تـسلميه للبيـع فيبعـه الحـاكم، فيـه روايتـان. وقولـه الخرقـي: وإذا جنـى العبـد أي جنايـة أو جبـت مـالاً بقرينـة ذكر الفداء، إذا الفداء إنما يدخل فيها فيه المال. وكذلك بأن يكون خطـأ أو شـبه عمد أو عمدًا لا قصاص فيه، أو فيه القصاص واختير فيه المال، وكذلك الحكم ما لو أتلف مالاً وقد يدخل في لفظه لأن الجناية تشمل الجناية على المال والبدن. والله أعلم.

(قال): فإن كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على السيد أن يفديه بأكثر من قيمته.

(ش): جناية العبد لا تخلو إما أن يكون وفق قيمته أو أكثر من قيمته، فإن كانت وفق قيمته فلا نـزاع أن الـسيّد لا يلزمـه أكثـر مـن ذلـك، لأنـه لا حـقّ

---

(١) أخرجه مسلم في القسامة (٣٧، ٣٨)؛ وأبو داود في الديات (١٩)؛ والنسائي في القسامة (٤٠، ٤١)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٩.

(٢) سبق تخريجه.

للمجنيّ عليه في أكثر من ذلك، وكذلك إن كانت بأقل من قيمته على المذهب المعروف لذلك. وعن أحمد رواية أخرى: يلزم فداؤه بجميع قيمته وإن جاوزت دية المقتول إذا كانت الجناية موجبة للقود، لأنه إذن استحق إتلافه فكان له بدله. وتشبه هذه الرواية [رواية][1] أنه يملكه بغير رضى السيّد فيما إذا كانت الجناية كذلك، وإن كانت أكثر من قيمته فكذلك لا يلزم السيّد أن يفديه بأكثر من قيمته إن لم يختر فداءه بلا ريب، لأن الجناية تعلقت برقبة العبد لا غير، والسيّد إنما يؤدي بدل الرقبة [وبدل الرقبة][1] هو القيمة، فلا يلزمه أكثر منها، وإن اختار الفداء ففيه روايتان مشهورتان، أشهرهما وأنصّهما وهي اختيار القاضي والخرقي وأبي الحسين وغيرهم لا يلزمه إلا القيمة لما تقدم.

والثانية وهي اختيار أبي بكر: يلزمه والحال هذه أرش الجناية بالغة ما بلغت، لاحتمال أنه إذا أبيع رغب فيه راغب فتزيد قيمته. والله أعلم.

(قال): - رحمة الله -: والعاقلة: العمومة وأولادهم وإن سفلوا في إحدى الروايتين، والرواية الأخرى: الأب والابن والأخوة وكل العصبة من العاقلة.

(ش): وجه الرواية الأولى حديث المغيرة بن شعبة: «أن رسول الله ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة وغرّة لما في بطنها»[2] رواه مسلم وغيره، وقد تقدم. وهذا يشمل كل عصبة خرج منه الآباء والأبناء بدليل ما روى جابر - ﷺ -: «أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد، فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة، وبرّأ زوجها وولدها لأنهما ما كانا من هذيل. فقال عاقلة المقتولة: ميراثها لنا.

---

(١) عن نسخة «د».

(٢) أخرجه مسلم في القسامة (٧٧)؛ وأبو داود في الديات (١٩)؛ والنسائي في القسامة (٤).

فقال رسول الله ﷺ: لا، ميراثها لزوجها وولدها»[1] رواه أبو داود.

وهذا يقتضي أن الأولاد ليسوا من العاقلة فكذلك الآباء قياسًا لأحد العمودين على الآخر وخرج منه الأخوة أيضًا بدليل ما روي عن ابن مسعود - ﷺ- قال: «قال رسول الله ﷺ: لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه»[2] رواه النسائي. فظاهر أنه لا يؤخذ بجريرة أخيه مطلقًا، وإذا خرج الأخ والابن والأب من التحمل بقي من عداهم، وهم العمومة وأولادهم وإن سفلوا. ووجه الثانية، وهي اختيار أبي بكر فيما حكاه القاضي في الجامع، والقاضي [حسين]، والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، وابن عقيل في التذكرة، والشيرازي وغيرهم، عموم حديث المغيرة وحديث جابر لا يقاومه ثم لا يدلّ على خروج الابن مطلقًا، وحديث مسعود - ﷺ- لا يؤخذ بجريرته إذا كان عمدًا، جمعًا بين الأدلة.

وعن أحمد رواية ثالثة: العاقلة جميع العصبة، إلا الآباء والأبناء. وزعم القاضي في روايتيه أنها اختيار الخرقي لتقديمه إياها، ولانتفاء الخلاف عنده في الأخوة. ووجه هذه الرواية يعرف مما سبق.

وعنه رواية رابعة: أن العاقلة كل العصبة إلا أبناء الجاني إذا كان امرأة، نص عليها أحمد فقال: لا يعقل الابن عن أمه لأنه من قوم آخرين، وهي اختيار أبي البركات، وعليها يقوم الدليل،إذ حديث المغيرة يقتضي أن العاقلة هم كل العصبة. وحديث جابر صريح في أن ابن المرأة لا يعقل عنها، وإذا خرج ابن المرأة يقينًا فما عداه على العموم. ثم قد علل في الحديث خروج الولد والزوج بأنهما ما كان من هذيل، يعني وأن المرأة هذلية، فليسا من قبيلتها، والمعنى في ذلك أن قبيلة الشخص هي التي تواليه وتنصره بخلاف غيرها.وذلك قال

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات (١٩)؛ وابن ماجه في الديات (١٥).

(٢) سبق تخريجه.

أحمد، لأنه من قوم آخرين، ومقتضى الحديث وتعليل أحمد أن ابن المرأة إذا كان من قبيلتها كابن عمّها يعقل عنها، وصرح به ابن حمدان. وظاهر كلام أبي بكر في التنبيه أن العاقلة كل العصبة إلا الأبناء، ولعله يقيس أبناء الرجل على أبناء المرأة، وليس بشيء.

وأعلم أن أبا الخطاب في خلافه حكى عن شيخه أنه أخذ رواية أن العاقلة العصبة إلا عمودي النسب من هذا النص. قال: وفيه نظر، ولا شك في ضعف هذا المأخذ.

(قال): وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل، حمل شيء من الدية.

(ش): لا خلاف أن الصبي غير المميّز والزائل العقل لا يحملان من العقل شيئًا لأنهما ليسا من أهل النصرة. وقد حكى ذلك ابن المنذر إجماعًا.

وحكم المميزة حكم غيره على من المذهب،، وحكاية ابن المنذر تشمله. قيل بل حكم البالغ ولا ريب أن المذهب أن الفقير لا يحمل من العقل شيئًا حذارًا من أن يخفف عمن جنى ويثقل على من لم يجن. وقد روى عمران بن حصين – رضي الله عنهما-: «أن غلامًا لأناس فقراء قطع أذن غلام لناس أغنياء، فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله إنّا أناس فقراء. فلم يجعل عليه شيئًا» رواه أبو داود والنسائي[1].

وعن أحمد رواية أخرى: أن الفقير يحمل من العقل بناء على أنه من أهل النصر، كذا أطلق الرواية أبو محمد، وقيّدها أبو البركات بالمحتمل وهو حسن ولا ريب أيضًا أن المذهب أن المرأة لا تحمل من العقل شيئًا لعدم التناصر منها.

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب في جناية العبد يكون للفقراء: ٢/ ٥٠١- ٥٠٢.

وعنه: تحمل بالولاء لأنها إذن عصبة، ويخرج عليها أم الملاعن إذا قلنا أنها عصبة، وإن عمودي النسب من العاقلة أنها تعقل وتشبه هذه الرواية رواية أنها تلي على معتقها في النكاح.

[وحكم الخنثى حكم المرأة. وظاهر كلامه أن البعيد والغائب والشيخ والمريض والزمن والهرم يحملون كغيرهم. وهو كذلك. نعم في الزمن والهرم وجه أنهما لا يحملان[1].

(قال): ومن لم تكن له عاقلة أخذ من بيت المال.

(ش): هذا هو المشهور من الروايتين، لأن النبي ﷺ وذي الأنصاري الذي قتل بخيبر. ففي الصحيح قال: «فكره رسول الله ﷺ أن يطل دمه، فوداه بمائة من إبل الصدقة»[2] و في لفظ: «فوداه رسول الله ﷺ من عنده، فبعث إليهم رسول الله ﷺ مائة ناقة حمراء.

وروى أن رجلاً قتل في زحام في زمن عمر، ولم يعرف قاتله. فقال علي لعمر: يا أمير المؤمنين لا تطل دم امرئ مسلم، فأدّى ديته من بيت المال.

والرواية الثانية: لا شيء على بيت المال: اختارها أبو بكر في التنبيه لأنه حق النساء والصبيان والمجانين والفقراء ولا عقل عليهم، فلا يصرف حقهم فيما لا يجب عليهم، قال أبو محمد: ولأن بيت المال ليس بعصبة. وما يصرف إليه من مال من لا وراث له إنما يأخذه على أنه فيء لان أنه إرث له.

(١) من هنا سقط من الأصول من النسخة «أ» وأثبتنه من النسخة «ج».

(٢) أخرجه البخاري في الديات (٢٢) وفي الأحكام (٣٨)؛ ومسلم في القسامة (٢-٦)؛ وأبو داود في الزكاة (٢٦) وفي الديات(٨ ، ٩)؛ والنسائي في القسامة (٣-٥)؛ وابن ماجه في الديات (٢٨)؛ والدارمي في الديات (٢)؛ والإمام ملك في القسامة (١)؛ والإمام أحمد في ٤/ ٣٢، ١٤٢.

قلت: وقد يكون هذا منشأ الخلاف، وهو أن بيت المال هو عصبة أم لا، لكن المشهور أنه ليس بعصبة. والمشهور أنه يدى. ولا يستقيم البناء.

وأعلم أن محل الروايتين عند أبي محمد تبعًا للقاضي في المسلم، أما في الذمي فإن بيت المال لا يحمل عنه عندهما بلا خلاف، بل تكون الدية عليه، على المذهب.

وقيل لا شيء عليه، كالمسلم على المذهب.

وعند أبي البركات أنهما جاريتان فيهما، وهو ظاهر إطلاق الخرقي، وهو مما يضعف البناء. وحيث حمل بيت المال فهل ذلك في ثلاث سنين كالعاقلة أو في دفعه، لأن النبي ﷺ أدى دية الأنصاري في دفعه، والعاقلة التأجيل عليهم تخيفًا بهم، ولا حاجة بنا على التخفيف في بيت المال. فيه وجهان أصحهما الثاني. والله أعلم.

(قال): فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء.

(ش): إذا لم يقدر على أخذ شيء من بيت المال سقط الدية، ولا شيء على القاتل على المعروف عند الأصحاب، بناء عندهم على أن الدية وجبت على العاقلة ابتداء، فلا تجب على غير من وجبت عليه، كما لو عدم القاتل فإن الدية لا تجب على أحد كذلك هاهنا.

وخالفهم أبو محمد فاختار وجوبا على القاتل لعموم قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾(1) مع قوله ﷺ: «لا يجنى جان إلا على نفسه»(2). وسقوطها لقيام العاقلة مقامه. فإذا لم توجد عاقلة، أو وجدوا وانتفي حملهم لدليل بقيت واجبة عليه، ولأن الأمر دائر بين أن يبطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على

---

(1) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(2) سبق تخريج هذا الحديث.

الثالث، لا يجوز الأول لمخالفة إطلاق الكتاب والسنّة، فيتعيّن الثاني. وفي كلامه – رحمة الله – إشعار بأن الدية تجب على القاتل وتتحملها العاقلة.

تنبيه: سمّيت العاقلة لأن الإبل تجمع فتعقل بفناء أولياء المقتول، أي شدّ عقلها بالتسلم إليهم ولذلك سمّيت الدية عقلاً، وقيل سموا بذلك لإعطائهم العقل الذي هو الدية، وقيل لأنهم يمنعون عن القاتل. والله أعلم.

(قال): ودية الحرّ الكتابيّ نصف دية الحر المسلم.

(ش): هذا هو المشهور من الروايتين، والمختار لعامة الأصحاب، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «دية المعاهد نصف دية الحر»[1]. رواه أبو داود والنسائي ولفظه: أن النبي ﷺ قال: «عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين، وهم اليهود والنصارى»[2] رواه الترمذي ولفظه: «دية عقل الكافر نصف عقل المؤمن». قال الخطابي: ليس في دية أهل الكتاب شيء أبين من هذا، ولا بأس به. وبه قال أحمد.

قلت: وهو يبين الآية الكريمة.

والرواية الثانية ثلث دية المسلم، إلا أن أحمد رجع عنها. قال في رواية أبي الحارث كنت أذهب إلى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ومن ثم قال أبو بكر: المسألة رواية واحدة، أنها على النصف وقد بيّن أحمد مأخذه في الروايتين. وحديث عمرو بن شعيب قد تقدم.

أما حديث عمر فهو ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثماني مائة دينار، أو ثمانية آلاف درهم، قال: وكانت دية أهل الكتاب يومئذ على النصف من دية المسلم. قال: وكانت

(١) أخرجه أبو داود في الديات (٢١).
(٢) أخرجه النسائي في القسامة (٣٨)؛ وابن ماجه في الديات (١٣)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٨٣، ٢٢٤.

كذلك، حتى استخلف عمر، قام خطيبًا فقال: عن الإبل قد غلت ففرضها عمر: على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم، وعلى أهل البقر مائتا بقرة، وعلى أهل الشاء ألف شاة، وعلى أهل الحلل مائتا حلّة. قال: وترك دية أهل الذمة](*) فلم يرفعها فيما رفع من الدية»[2] رواه أبو داود.

تنبيه: ولا فرق في ذلك بين الذي منهم والمستأمن لاشتراكهم في الكتاب مع حقن الدم.

(قال): ونساؤهم على النصف من دياتهم.

(ش): لمّا كانت دية نساء المسلمين على النصف من دياتهم، كانت نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم، مع أن هذا قد حكاه ابن المنذر إجماعًا.

(قال): وإن قتلوا عمدًا ضعفت الدية على قاتله المسلم لإزالة القود، هكذا حكم عثمان بن عفان -رضي الله عنه-.

(ش): قد ذكر الخرقي - رحمة الله - الحكم وذكر دليله، والمحكيّ عن عثمان رواه أحمد عن عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن سالم عن أبيه: «أن رجلاً قتل رجلاً من أهل الذمة، فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار».

ولهذا نظائر في الشريعة، منها سارق الثمر، والمكثر يغرم بمثله مرتين لإزالة القطع. ومنها الأعور إذا قلع عين صحيح تجب عليه دية كاملة، كما حكم به الصحابة - رضي الله عنهم -، لدرء القصاص عنه. ويقرب من ذلك

(*) إلى هنا انتهى ما أثبتناه من النسخة «ج» وكان ساقطًا من النسخة «أ».

(٢) أخرجه أبو داود في الديات (٤٢، ٤٥).

غرامة اللقطة بمثلها مرتين إذا كتمها، وكذلك [أخذ شطر مال](1) الكاتم ماله في الزكاة على رواية الحديث بهز بن حكيم، وغير ذلك. وهذا نحوه يخصص عموم ما تقدم.

وقول الخرقي: على عاقلة المسلم، يحترز عن [قاتله(*) إذا كان ذميًا، فإن الدية لا تضعف عليه لوجوب القصاص عليه.

(قال): ودية المجوسي ثمانمائة درهم.

(ش): لما روى الشافعي في مسنده، والدارقطني عن سعيد بن المسيب.

قال: (كان عمر -ﷺ- يجعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، والمجوسي ثمانمائة). ويروى ذلك أيضًا عن عثمان، وابن مسعود، ولا يعرف لهم في عصرهم مخالف. وقول النبي ﷺ: «سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب»(3) لا عموم فيه. ثم المراد به والله أعلم – في أخذ الجزية، جمعًا بين الأدلة، وسواء كان المجوسي ذميًا أو مستأمنًا.

وإن قتله مسلم عمدًا ضعفت الدية عليه لإزالة القود، نص عليه أحمد قياسًا على الكتابيّ فيجب ألف وستمائة درهم، والله أعلم.

(قال): ونساؤهم على النصف [من ذلك].

(ش): كنساء المسلمين وأهل الكتاب، وقد حكى إجماعًا. والله أعلم.

(قال): ودية الحرّة المسلمة نصف [دية] الحر المسلم.

---

(1) عن نسخة «د».

(*) من هنا ساقطة من النسخة «أ» وأثبتناه من النسخة «ج».

(3) أخرجه الإمام مالك في الزكاة (42).

(ش): لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديته»[1]. رواه النسائي وعن ربيعة عن أبي عبد الرحمن أنه قال: «سألت سعيد بن المسيب: كم في أصبع المرأة؟ قال: عشر من الإبل، قلت: فكم في أصبعين؟ فقال عشرون من الإبل. قلت: فكم في ثلاث أصابع؟ قال ثلاثون من الإبل. قلت فكم في أربع أصابع، فقال: عشرون من الإبل. قلتٍ: حين عظم جرحها واشتدّت مصيبتها نقص عقلها. قال سعيد أعراقيّ أنت؟ قلت بل عالم متثبت، أو جاهل متعلم. قال: هي السنّة يا ابن أخي»[2]. رواه مالك في الموطأ.

وذكر أبو محمد أن في كتاب عمرو بن حزم: «دية المرأة على النصف من دية الرجل» ولم أجد ذلك في حديث عمرو بن حزم في جامع الأصول، ولا في المنتقي. الله أعلم.

(قال): وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلث، فإذا جاوز الثلث فعلى النصف.

(ش): لا نزاع عندنا إن جرح المرأة تساوي جراح الرجل فيما دون ثلث الدية، ففي أصبعها عشر من الإبل، وفي الأصبعين عشرون، وفي الثلاثة أصابع ثلاثون، ولا نزاع عندنا أيضًا أن فيما زاد على الثلث على النصف. ففي أربع أصابع منها عشرون، وفي يدها خمس وعشرون، لما تقدم من حديث عمرو بن شعيب. وسعيد.

واختلف هل تساوي الرجل في قدر الثلث كالجائفة والمأمونة ونحو ذلك على روايتين.

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٣٧).

(٢) أخرجه الإمام ملك في العقول (١).

إحداهما: تساويه وهو اختيار الشريف وأبي الخطاب في خلافيهما والشيرازي وغيرهم، لأنه في حد القلّة، بدليل جواز الوصية به.

والثانية: تختلفان فتجب في جائفتها سدس دية الرجل، وهو اختيار الخرقي وأبي محمد، لأن النبي ﷺ سمّاه كثيرًا، قال: الثالث، والثلث كثير[1]، وحديث عمرو بن شعيب محتمل للقول، بناء على أن الغاية هل تدخل في المغياة أو ذلك وإن كان في الأكثر عدم الدخول. ففي حق الكثير الدخول. والله أعلم.

(قال): ودية العبد والأمة قيمتها بالغة ما بلغ ذلك.

(ش): قد تقدمت هذه المسألة، والكلام عليها فلا حاجة إلى إعادتها ويزيد هنا بأن لا فرق في ذلك بين العبد القنّ والمدبّر والكاتب وأمّ الولد، لدخول الكل في إطلاق العبد. وقد قال ﷺ: «المراتب عبد ما بقي عليه درهم»[2]. والله أعلم.

(قال): ودية الجنين إذا سقط من الضربة ميتًا وكان من حرة مسلمة غرّة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه، كأن سقط حيًا.

(ش): الواجب في دية الجنين والحال هذه، غرّة، لما روى أبو هريرة قال «اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرّة عبد أو

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز (٣٦) وفي الوصايا (٢، ٣) وفي مناقب الأنصار (٤٩) وفي النفقات (١)؛ ومسلم في الوصية (٥، ٧، ٨، ١٠)؛ وأبو داود في الفرائض (٣) وفي الإيمان (٢٣)؛ والترمذي في الجنائز (٦) وفي الوصايا (١)؛ والنسائي في الوصايا (٣)؛ وابن ماجه في الوصايا (٥)؛ والإمام مالك في الوصية

(٢) أخرجه أبو داود في العتاق (١)؛ والبخاري في المكاتب (٤)؛ والإمام مالك في المكاتب (١، ٢).

وليد، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثتها ولدها ومن معهم»[1] مختصر متفق عليه. وعن المغيرة قال: سئل عمر عن إملاص المرأة، وهي التي يضرب بطنها فتلقي جنينها فقال: «أيكم سمع من النبي ﷺ فيه شيئًا. قال، فقلت أنا. قال: ما هو؟ قلت. سمعت النبي ﷺ يقول فيه غرّة عبد أو أمة – قال: لا تبرح حتى تجيء بالمخرج. قال فخرجت فوجدت محمد بن مسلمة، فجئت به، فشهد معي أنه سمع النبي ﷺ يقول: فيه غرّة عبد أو أمة»[2] متفق عليه.

والغرّة عبد أو أمة، لما تقدم من الحديثين السابقين. وما روى «عبد أو أمة أو فرس أو بغلة» وهم عند أهل العلم بالنقل. والصحيح ما تقدم.

ويشترط أن يكون قيمة العبد أو الأمة عشر دية الأم، لأن ذلك يروى عن عمر وزيد- رضي الله عنهما-، فقيّد إطلاق ما تقدم مع أنه أقلّ مقدّر قدّره الشارع في الجنايات، وهو أرش الموضحة، ودية السن. فاعتبر بذلك. ولا ترد الأنملة لأنه لا نص فيها، إنما هو اجتهاد، والخرقي – رحمة الله – قال: قيمتها خمس من الإبل، بناء عنده على أن الأصل في الدية الإبل، فجعل التقويم بها، وغيره من الأصحاب، مقتضى كلامه أن التقويم الواحد من الخمسة أو الستة على ما تقدم. وإن ذلك راجع إلى اختيار الجاني كما له الاختيار في دفع أي الأصول شاء، إذا كان موجب جنايته دية كاملة.

وحكم الغرة موروثة عن الجنين، كأنه سقط حيًّا، لأنه دية له وبدل عنها، فورثها وورثته، كما لو قتل بعد الولادة، وشرط الخرقي للضمان السابق أن يسقط

---

(١) أخرجه البخاري في الديات (٢٦)؛ ومسلم في القسامة (٣٦، ٣٨)؛ وأبو داود في الديات (١٩)؛ والنسائي في القسامة (٤٠، ٤١)؛ وابن ماجه في الديات (٧، ١٥)؛ والدارمي في الديات (٢٠، ٢١)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٧٤ وفي ٤/ ٢٤٦.

(٢) أخرجه الترمذي في الديات (١٥)؛ وأبو داود في الديات (١٩)؛ والنسائي في القسامة (٣٩)؛ والدارمي في الديات (٢٠)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢٧٤ وفي ٤/ ٢٤٥، ٢٤٩.

من الضربة ميتا. أي بسبب الضربة، كأن يسقط عقبها أو يبقى لها متألمًا إلى أن يسقط، أما إن ضربها فماتت بحملها ولم تقف، أو ضرب من في بطنها بشيء فتحرك، فذهب فلا شيء عليه لعدم العلم بوجوده، والأصل براءة الذمة. وكلام الخرقي يشمل ما إذا ألقته في حياتها أو بعد مماتها، وهو كذلك، والحكم فيما إذا ظهر بعضه ولم يظهر جميعه، حكم ما إذا ظهر جميعه، قاله أبو محمد.

وقول الخرقي: وكان من حرّة مسلمة، يريد به الأم متى كانت كذلك، كان الولد حرًا مسلمًا فيجب ما تقدم. وقد تكون الأم رقيقة كافرة، والجنين حر مسلم، بأن يغرّ من أمه، أو يتزوج المسلم كتابية، فتب الغرّة السابقة. أما إن كان الجنين رقيقًا فسيأتي حكمه. وإن كان كافرًا كالمولود بين كتابيين ونحوهما، فإن الواجب فيه عشر دية أمه إن ساوت الأب في الدين، أو كانت أعلى منه كنصرانية تحت مجوسيّ، وإن نقصت عنه كمجوسية تحت كتابيّ، وجب عشر ديتها، ولو كانت على دين الأب.

تنبيه: الولد الذي تجب به الغرّة ما تصير به الأمة أمّ ولد، وما لا فلا.

وأصل الغرّة بياض في جبهة الفرس، ومن ثم قال أبو عمرو بن العلاء: الغرّة عبد أبيض أو أمّة بيضاء. ولم يعتبر ذلك الفقهاء نظرًا لإطلاق الحديث، مع قرينة غلبة السواد على أرقّاء أهل الحجاز.

والغرّة أيضًا: أوّل الشيء وخياره، ومن ثم قال أصحابنا: لا يقبل في الغرّة معين لأن ذلك ليس بخيار، وبنى على ذلك جمهورهم إن لم يبلغ سبع سنين لا يجوز، لأنه يحتاج إلى من يكفله ويقوم به، فليس من الخيار. وقال أبو محمد: إن ظاهر كلام الخرقي الإجزاء. والله أعلم.

(قال): وإن كان الجنين مملوكًا ففيه عشر قيمة أمه.

(ش): هذا هو المذهب المعروف قياسًا على الجنين الحر، فإن فيه عشر دية أمه، كذلك المملوك فيه عشر قيمة أمه، إذ قيمة الأمة بمنزلة دية الحرة.

وحكى أبو الخطاب في خلافه رواية أخرى: أن الواجب نصف عشر قيمة أمه. ولا عمل عليه. ثم عن الواجب هنا قيمة لا عبد أو أمة، لأن الرقيق الواجب فيه قيمته بخلاف الحر فإن الواجب فيه إما الإبل، أو أحد خمسة أشياء أو ست.

(قال): وسواء كان الجنين ذكرًا أو انثى.

(ش): أما الجنين الحر فلإطلاق الحديث. وأما المملوك فبالقياس على الحر والله أعلم.

(قال): وإن ضرب بطنها فألقت جنينًا حيًا ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حرًا، أو قيمته إن كان مملوكًا، إذا كان سقوط لوقت يعيش لمثله، وهو أن يكون لستّة أشهر فصاعدًا.

(ش): أما جوب دية الحر أو قيمة المملوك والحال ما تقدم، فلأنه مات من جنايته بعد ولادته لوقت يعيش لمثله، أشبه ما لو قتله بعد وضعه.

وقد قال ابن المنذر: إن هذا مما أجمع عليه كل من نحفظ عنه من أهل العلم وتعلم الحياة باستهلاله بلا ريب، لقول النبي ﷺ: «إذا استهل المولود ورث وورث»[1]. وهل تعلم بارتضاعه أو تنفّسه أو عطاسه ونحو ذلك، مما يدل على الحياة فيه روايتان.

إحداهما: لا، لمفهوم الحديث السابق.

والثانية: وهي ظاهر كلام الخرقي، واختيار أبي محمد:نعم، لأن الارتضاع ونحو أدلّ على الحياة من الاستهلال. فاستفيد من الحديث بطريق التنبيه: أما مجرد الحركة والاختلاج، فلا يدلاّن على الحياة، لأن ذلك قد يكون لخروجه من

---

(١) أخرجه ابن ماجه فى الجنائز (٢٦) وفي الفرائض (١٧)؛ وأبو داود في الفرائض (١٥)؛ والدارمي في الفرائض (٤٧).

مضيق فلم تتيقن حياته.

وشرط الخرقي لوجوب الضمان السابق أن يموت من الضربة أي بسببها، وذلك بسقوطه في الحال وموته أو بقائه متألمًا إلى أن يموت، أو بقاء أمة متألمة إلى أن تلقيه حيًا فيموت. أم لو ألقته ثم بقي زمنًا سالمًا لا ألم به ثم مات فلا ضمان، فلو وضعته حيًا فجاء آخر فقتله وفيه حياة مستقرة، فهو القاتل، وإن لم يكن فيه(*) حياة مستقرة، بل حركة كحركة المذبوح، فالقاتل هو الأول يؤدّب الثاني.

وشرط أيضًا أن تضعه لوقت يعيش لمثله، وإلا فحكمه حكم الميت فيه الغرّة لعدم تصوّر بقائه حيًا، وبين رحمة الله أن الوقت الذي يعيش لمثله ستة أشهر فصاعدًا لأن ذلك أقل مدّة الحمل.

(قال): وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حيًا أو ميتًا.

(ش): هذا قول جمهور أهل العلم، لأن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾(٢) وقال ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً﴾ أي المقتول وهذا الجنين إن كان من مؤمنين أو كان أحد أبوية مؤمنًا فهو محكوم بإيمانه تبعًا، فيدخل في الآية، وإن كان من كتابيين فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق فتشمله الآية، ولأنه نفس مضمون بدية فوجبت فيه الرقبة كالكبير.

(قال): وإذا شربت الحامل دواء فأسقطت به جنيها فعليه غرّة لا ترث منها شيئًا وتعتق رقبة.

(*) إلى هنا انتهى ما أثبتناه من النسخة «ج» وكان ساقطًا من النسخة «أ».

(٢) الآية ٩٢ من سورة النساء.

(ش): أما وجوب الغرّة فلأن الجنين مات بجنايتها، أشبه ما لو كان الجاني غيرها، وأما كونها لا ترث منها شيئًا فلأنها قاتلة، وقد تقرر أن القاتل لا يرث المقتول فعلى هذا تكون الغرّة لبقيّة الورثة، وأما كونها تعتق رقبة فلما تقدم قبل.

(قال): وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلاً فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية.

(ش): لأنه قتل حصل بفعلهم وجنايتهم وهم ثلاثة فوجب تثليث الدية على عواقلهم، لأنه كما سيأتي إما خطأ، وإما شبه عمد، هذا هو المذهب المعروف، وقيل: بل تجب الدية في بيت المال لأن ذلك من مصالح المسلمين، فإن تعذّر فعلى العاقلة.

وكلام الخرقي يشمل ما إذا قصدوا معيّنًا أو لم يقصدوا. وهو كذلك، لأن قصد الواحد بالمنجنيق، يندر أن يصيبه فلا يكون عمدًا، نعم مع قصد معيّن أو جماعة يكون ذلك شبه عمد وقد تقدم حكمه. ومع عدم القصد يكون خطأ.

واختيار ابن حمدان أنه عمد إن كان الغالب الإصابة.

وقول الخرقي: قتل رجلاً، يحتمل أن يكون من غيرهم، ويحتمل أن يكون منهم وعلى هذا يكون منهم وعلى هذا يكون مقتضى قول الخرقي أن جناية الإنسان على نفسه خطأ تحملها العاقلة لورثته، وهو إحدى الروايتين.

والرواية الثانية: لاشيء فيها وقال ابن عقيل في التذكرة. تكون عليه يدفعها إلى ورثته.

(قال): وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة في ماله.

(ش): هذا مبنيّ على المذهب [من أن المشتركين في القتل على كل واحد منهم كفّارة، لأن الواجب على الجميع كفّارة واحدة. وقد تقدم ذلك، وتقدم أيضًا أن الكفّارة تجب في مال القاتل.

(قال): وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالّة في أموالهم][1]

(ش): هذا هو المذهب المختار للأصحاب بلا ريب لأن الواجب على كل واحد، والحال هذه دون الثلث والعاقلة لا تحمل ما دون الثالث لما تقدم، وإذا انتفي حمل العاقلة وجبت الدية في أموالهم لأن ذلك أثر فعلهم، قال النبي ﷺ «لا يجني جانٍ إلا على نفسه»[2] وتجب حالّة لأنها بدل متلف فوجبت حالّة كسائر ابدال المتلفات، وقد يستشكل بأن الجاني إذا حمل دية شبه العمد كانت من ماله مؤجلة على المذهب. كذا ها هنا.

وحكى أبو بكر رواية أخرى: أن العاقلة تحمل ذلك نظرًا إلى أن هذه الجناية واحدة أوجبت ما زاد على الثلث فحملته العاقلة، كما لو كانوا ثلاثة. واستشهد القاضي في روايتيه على هذه الرواية بما نقل يعقوب بن بختان عن أحمد في قوم رموا بالمنجنيق فرجع فقتل رجلاً من المسلمين، فالدية على عواقلهم، والكفّارة في أموالهم. قال وهذا يحتمل أن يكونوا ثلاثة فما دون، ويحتمل أن يكونوا أكثر من ذلك.

قلت: من حمل مطلق كلامه على مقيّده لا ينبغي له أن يثبت هذه الرواية بخلاف من لم يحمل. وظاهر كلام الأصحاب أنه لا خلاف في الخمسة أن الدية لا تكون على العاقلة صرح بذلك ابن حمدان، وهو مما يضعف تعليل الرواية الثانية.

---

(١) ما بين المعكوفين ساقط في نسخة «د».

(٢) سبق تخريج هذا الحديث.

تنبيه: الضمان في الرمي بالمنجنيق يتعلق بمن مدّ الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفّة وأمسك الخشب، إذ الأول مباشر والثاني متسّبب والمباشرة تقطع حكم السبب.

والمنجنيق أعجمي معرّب بفتح الميم وكسرها. وحكى فيه منجقف ومنجليق. والله أعلم.

﴿باب ديّات الجراح﴾

(ش): لمّا فرغ الخرقي - رحمة الله - من باب ديات الأنفس شرع يتكلم على ديات الجراح.

(قال): ومن أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد ففيه الدية وما فيه منه شيئان ففي كل واحد منهما نصف الدية.

(ش): الأصل في ذلك ما روى عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لابن حزم في العقول: «إنَّ في النَّفْس مِائَةً ثُلثُ الدية وفي الجائفة مثله، وَفي الْعَيْن خَمْسُون، وفي اليد خَمْسُون، وفي الرجل خَمْسُون، وفي كل أصْبَع ممَّا هُنَالِك عَشْرًا مِن الإِبِلِ، وفي كل سِّنٍّ خَمْسًا، وفي المُوضِحَة خَمْسًا»[1] رواه مالك في موطأه وهذا لفظه، والنسائي وفي روايتيه: «وفي الأنف إذا أوعب جَدْعه الدية، وفي اللسان الدية وفي الشقتين الدية، وفي البيضتين الدية، وفي البيضتين الدية، وفي الذكر الدية، وفي الصلب الدية، وفي العينين الدية، وفي الرجل الواحدة نصف الدية، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الحائفة ثلث الدية، وفي المنقّلة خمس عشرة من الإبل، وفي كل أصبع

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٦)؛ والدرامي في الديات (٤٦)؛ والإمام مالك في العقول (١)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢١٧.

من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل، وفي السن خمس من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل وأن الرجل يقتل بالمرأة، وعلى أهل الذهب ألف دينار- ذكره في رواية واحدة - وفي العين الواحدة نصف الدية، وفي اليد الواحدة نصف الدية».

قال ابن عبد البر: كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء، وما فيه متفق عليه إلا قليلاً. انتهى. ففي هذا الحديث مما في الإنسان منه شيء واحد، الأنف والذكر واللسان والصلب، وغير ذلك مقيس عليها، وفيه مما في الإنسان منه شيئان: الشفتان والبيضتان والعينان والرجلان واليدان، وغير ذلك مقيس عليها، وملحق بها.

(قال): وفي العينين الدية.

(ش): لما تقدم في حديث عمرو بن حزم، مع أنه إجماع، ولا فرق بين أن تكونا صحيحتين أو مريضتين أو حولاوين، ففي العين الواحدة نصف الدية على مقتضى كلام الخرقي لما تقدم في حديث عمرو، وعموم كلامه يقتضي شمول عين الأعور وهو مقتضى حديث عمرو بن حزم. والمذهب أن في عين الأعور دية كاملة نظرًا على قضاء الصحابة: عمر وعثمان، وعلي، وابن عمر- رضي الله عنهم-، ولا يعرف عن غيرهم خلافهم، ولأن قلع عينه يتضمن ذهاب بصره كله، إذا الأعور يبصر بعينه كما يبصر الصحيح. فوجبت الدية كما لو أذهب البصر من العينين.

(قال): وفي الأشفار الأربعة الدية.

(ش): وفي الأشفار الأربعة الدية لأنه ذلك هو جميع الجنس فوجب فيه جميع الدية كاليدين والرجلين، والأشفار فسرّهم أبو محمد بالأجفان. وهو مقتضى كلام غيره، وبان أبي الفتح يجعل الشفر منبت الهدب، والجفن غطاء العين.

(قال): وفي كل واحد منهما ربع الدية.

(ش): لأنه عدد تجب الدية في جميعه، فوجب في بعضه بالقسط كاليدين والأصابع.

(قال): وفي الأذنين الدية.

(ش): لأنهما مما في البدن منه شيئان، ويروى ذلك عن عمر، وعليّ - رضي الله عنهما -، وادّعى أبو محمد أنه في كتاب عمرو بن حزم ولم أره، وقد شمل كلام الخرقي الأذن الصمّاء والأذن المستحشفة والأذن المخرومة، وهو صحيح إن قلنا يؤخذ به السالم من ذلك في العمد، وإلا الواجب في ذلك حكومة.

(قال): وفي السمع إذا ذهب من الأذنين الدية.

(ش): يروى هذا عن عمر -ﷺ-، ويروى عن معاذ أيضًا: أن النبي ﷺ قال: «وفي السمع الدية».

وقال ابن المنذر: أجمع عليه عوامّ أهل العلم ولأنه حاسّة تختص بنفع فكان فيه الدية كالبصر ولو ذهب السمع من أحد الأذنين وجب نصف الدية.

(قال): وفي الأنثيين الدية.

(ش): لحديث ابن عمرو: «وفي البيضتين الدية ويجب في إحداهما نصفها»[1].

(قال): وفي الصَّعَرِ الدية.

(ش): لذهاب المنفعة والجمال، أشبه سائر المنافع، ولأن ذلك يروى عن زيد بن ثابت ولا يعرف له مخالف.

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٦)؛ والدارمي في الديات (١٢)؛ والإمام مالك في العقول (١).

(قال): والصَّعر أن يضربه فيصير الوجه في جانب.

(ش): قال الجوهري: الصعر الميل في الخدّ خاصة.

وقال أبو محمد: أصله داء يأخذ البعير في عنقه فيلتوي به عنقه، وفي التنزيل ﴿وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ﴾(1) أي لا تعرض عنهم بوجهك تكبرًا كإمالة وجه البعير الذي به الصعر(2).

(قال): وفي قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية، وفي شعر اللحية إذا لم تنبت الدية، وفي الحاجبين إذا لم تنبت الدية.

(ش): هذا هو المذهب المشهور من الروايتين لأنه إذهاب للجمال على الكمال فوجبت الدية كاملة، كأنف الأخشم، والأذن الأصم.

والرواية الثانية: في الجميع حكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة، فأشبه اليد الشّلاء وألحق الأصحاب بهذه الثلاثة أهداب العينين، فجعلوا فيها دية على المذهب، وفي الواحد منها ربع الدية، كما أن في الحاجب نصفها. وقوله: إذا لم ينبت، شرط لوجوب الدية فلو نبت فلا دية.

(قال): وفي الشامّ الدية.

(ش): قال أبو محمد: أراد الشمّ. انتهى. ويجوز أن يكون أراد المنخرين، وفي كل واحد من ذلك نصف الدية.

أما الأول فلأنها حاسّة تختص بمنفعة، أشبهت سائر المنافع، مع أن

---

(1) الآية ١٨ من سورة لقمان.

(2) جاء في هامش نخسة «ج» يخرجه بعد هذا الموضع الآتي: [ومن الأصفهاني: (قال) وفي المثانة إذا لم تستمسك البول الدية . (ش): لأنه عضو فيه منفعة كثيرة، ليس في البدن مثله أشبه سائر الأعضاء. منفعه المثانة حسب البول، فإذا استرسل فقد زالت المنفعة]، وقد وردت هذه المسألة في موضعها فيما بعد.

القاضي يدّعي أن في حديث عمرو: «وفي الشامّ الدية». ولم أر ذلك.

وأما الثاني فأنه مما في الإنسان منه شيئا، وهذا إحدى الروايتين، والمشهور منهما، وعليها ففي الحاجز حكومة.

(قال): وفي الشفتين الدية.

(ش): لحديث عمرو: «وفي الشفة الدية» وفي كل واحدة نصف الدية على المهذب المشهور من الروايتين، قياسًا على ما في الإنسان منه شيئان، وإتباعًا لأبي بكر الصدّيق - ﷺ-.

والرواية الثانية: في الشفة السفلى ثلثا الدية، وفي العليا ثلثها إتباعًا لزيد ابن ثابت، ولأن نفع السفلى أكثر فناسب أن تزيد ديتها على دية العليا.

(قال): وفي اللسان المتكلم به الدية.

(ش): لحديث عمرو بن حزم، وقد حكى إجماعًا.

وقوله: التكلم به، يحترز به عن لسان الأخرس فإن الدية لا تكمل فيه، بل الواجب فيه إما ثلث الدية او حكومة، على اختلاف الروايتين.

ويستثنى من عموم المفهوم لسان الطفل فإن الكلام منتفٍ فيه. والدية واجبة فيه نعم إن بلغ إلى حد يتحرك فيه بالبكاء ولم يحركه فحكمه حكم لسان الأخرس.

(قال): وفي كل سنّ خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد ثغر.

(ش): في كل سنّ خمس من الإبل على المذهب، لما تقدم من حديث عمرو بن حزم، وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال- «قال رسول الله ﷺ: في كل أصبع عشر من الإبل، وفي كل سنّ خمس من الإبل، والأصابع

سواء، واللسان سواء »[1]. رواه الخمسة إلا الترمذي. وقال في المغني: وحكى عن أحمد أن في جميع الأسنان والأضراس دية قال: ويتعيّن حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد الإجماع على أن في كل سنّ خمس من الإبل، والأسنان فيها ستّون بعيرًا، لأنها عشر سنًا: أربع ثنايا، وأربع رباعيات، وأربع أنياب، ففيها خمس، والأضراس فيها أربعون لأنها عشرون ضرسًا، انتهى.

وقول سعيد: هو أن في كل ضرس بعيرين. ولأبي الخطاب في الهداية احتمال تبعة عليه في المقنع: أن الواجب في الجميع دية واحدة وأطلق.

وحقّق أبو البركات هذا القول فقال: وقيل عن قلع الكل او فوق العشرين دفعة [واحدة] لم يجب سوى الدية، وذلك لأن هذه تشتمل على منفعة الجنس، فكان الواجب فيه دية كاملة كبقية المنافع، ويحمل الحديث على ما إذا قلعها متفرقة، أو قلع دون العشرين.

وشرط وجوب ما تقدم ان تكون قد قلعت ممن قد ثغر، وهو الذي [قد] سقطت رواضعه فإما من [قلع سن][2] الصبي الذي لم يثغر فهل يجب فيها ما يجب في سنّ من أثغر، لعموم الحديث وهو اختيار أبي الخطاب وأبي محمد؟ أو لا تجب إلا حكومة؟ وهذا اختيار القاضي ويحتمله كلام الخرقي لعدم مساواتها لسن الكبير، وذلك يقتضي أن تنقص عنها على روايتين.

وشرط الوجوب في سن الصغير وغيره عدم عود مثلها، فلو نبت مثل السنّ في محلّها فلا شيء له، حتى لو كان أخذ الدية أخذت منه، كالشعر إذا نبت، نعم لو عادت قصيرة أو متغيّرة فله الأرش.

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات (١٨)؛ والنسائي في القسامة (٤٥)؛ وابن ماجه في الديات (١٨)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٧٩، ١٨٢، ١٨٩، ٢١٥ وفي ٤/ ٣٩٧، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤١٣.

(٢) من نسخة «د».

ويشترط أيضًا لوجوب أخذ الدية الأياس من عودها، فإن رجي عودها لم تجب ديتها والمرجع في ذلك إلى قول أهل الخبرة. قاله أبو البركات.

وعن أحمد أنه قيّد ذلك في سنّ الصغير بسنّه، فإذا مضت وجبت الدية. وقال القاضي: إذا سقطت أخواتها ولم تعد هي أخذت الدية وهو حسن، وإنما وقع لأحمد والقاضي التقييد في الصغير دون غير لأن الغالب أن سنّ الكبير لا يرجى عودها فلا انتظار.

تنبيهان: أحدهما: لو مات من قلعت سنّه في مدة الانتظار، فهل تجب دية السنّ لوجوب سبب الدية، والأصل عدم العود؟ أولا تجب لاحتمال العود، والأصل براءة الذمة؟ فيه قولان.

وأبو محمد يخصّها بسن الصغير، لأن الانتظار عنده إنما هو فيه.

الثاني: تجب دية السنّ فيما ظهر منها من اللثة، لأن ذلك هو المسمىّ بها سنًا، وما في اللثة يسمى سنخًا، ولو قلعها ابتداء بسنخها لم تجب فيها أكثر من الدية.

(قال): والأضراس والأنياب كالأسنان.

(ش): أي يجب فيهم ما يجب في الأسنان، وذلك لما تقدم، وعن ابن عباس – رضي الله عنهما –: «أن النبي ﷺ قال: الأسنان سواء، الثنية والضرس سواء»[1]. رواه ابن ماجه، وهو نص قد تقدم لنا من قبل: أن في كل ضرس بعير، ولا عمل عليه.

(قال): وفي الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة.

(ش): لانهما مما في الإنسان منه شيئان، وقد تقدم أن كل ما في الإنسان منه شيئان فيه الدية، ولأن في ثدي المرأة جمالاً ونفعًا، أشبها اليدين وفي ثندوي الرجل جمالاً كاملاً أشبها أذني الأصم، وعلى هذا في أحدهما نصفها.

---

(١) أخرجه ابو داود في الديات (١٨)؛ وابن ماجه في الديات (١٧).

(قال): وفي الأليتين الدية.

(ش): لما تقدم. قال ابن المنذر: كل من يحفظ عنه أهل العلم يقولون في الأليتين الدية، ولأن فيهما جمالاً ومنفعة، لانه يجلس عليهما كالوسادتين، فأشبها اليدين، وفي إحداهما نصفها لما تقدم.

(قال): وفي الذكر الدية.

(ش): لحديث عمرو بن حزم وقد تقدم، مع أنه إجماع والحمد لله، ولا فرق بين ذكر الكبير والصغير وإن لم يقدر أن يجامع به، لعموم الحديث مع صلاحيته لذلك . وعموم كلام الخرقي يدخل فيه ذكر العنّين والخصيّ والذكر الأشلّ، ولا نزاع فيما نعلمه أن الذكر الأشلّ لا تكمل فيه الدية، وإنما الواجب فيه: هل هو حكومة أو ثلث ديته؟ ولعى روايتين يأتي توجيهما، في اليد الشلاّء، أما ذكر الخصيّ والعنّين ففيهما ثلاث روايات.

إحداها، وهي المشهورة: حكمها حكم الذكر الأشلّ، لأن منفعة الذكر فكملت ديته كذكر الشيخ.

والثالثة: يجب الكمال في ذكر العنّين لأنه غير مأيوس من الإنزال والإحبال بخلاف ذكر الخصيّ.

تنبيه: ينبني على الخلاف السابق في ذكر الخصي إذا قطع الذكر والخصيتين معًا أو الخصيتي، ثم قطع الذكر وجبت ديتان بلا ريب، ولو قطع الخصيتين أولاً ثم قطع الذكر وجبت دية الخصيتين.

وفي الذكر روايتان: إحداهما دية، والأخرى حكومة أو ثلث ديته على اختلاف الروايتين في الواجب فيه إذا لم تجب فيه كما الدية.

(قال): وفي اليدين الدية.

(ش): هذا إجماع والحمد لله، وقد شهد له حديث عمرو بن حزم، وفي

إحداهما نصفها. وقد شمل كلامه اليد الشلاّء والزائدة وسيأتي الكلام على اليد الشلاّء إن شاء الله تعالى، وحكم اليد الزائدة حكمها وتجب الدية في قطعها من الكوع إذ اليد إذا أطلقت في الغالب أريد بها ذلك، بدليل التيمم، وقطع السارق، وغسل اليدين إذا قام من نوع الليل فإن قطعها من فوق ذلك فهل في الزائد حكومة؟ وهو اختيار القاضي فيما حكاه عنه أبو محمد وأبو الخطاب، كما لو قطعه بعد قطعها من الكوع، أو لا تجب، وهو منصوص أحمد في رواية أبي طالب وقول القاضي في الجامع على قولين، لأن اليد في الأصل اسم لليد إلى المنكب، مع أن الأصل براءة الذمة، وفي إحداهما نصفها إلا على رواية ضعيفة، وهو إذا لم يكن له إلا يد واحدة ففيها دية كاملة كعين الأعور، وعلى هذه لوقطع يد من له يدان لم تقطع يده، بل تكون عليه دية كاملة.

(قال): وفي الرجلين الدية.

(ش): هذا أيضًا إجماع والحمد لله، وحديث عمرو بن حزم يدل عليه، وكلامه يشمل رجل الأعرج، وهو المذهب لأن العرج لمعنى في غير القدم. وعن أبي بكر: فيها ثلث الدية كاليد الشلاّء، ويستثنى من عموم كلامه الرجل الشلاّء فإن حكمها حكم اليد الشلاّء وسيأتي إن شاء الله تعالى، وتجب دية الرجل في قطعها من الكعب، فإن قطعها من فوق ذلك فقولان كما تقدم في اليد، وحكم قطع إحداهما حكم قطع إحدى اليدين.

(قال): وفي كل أصبع من اليد والرجل عشر من الإبل.

(ش): لما تقدم من حديث عمرو بن حزم وعمرو بن شعيب وعن ابن عباس - رضي الله عنهما -، عن النبي ﷺ قال «هذه وهذه سواء - يعني الخنصر والإبهام» رواه الجماعة إلا مسلمًا، وللترمذي وصححه: «أصابع اليدين

والرجلين سواء عشر من الإبل لكل أصبع»[1].

ويتثنى من كلامه الاصبع الزائدة فإن فيها ثلث ديتها أو حكومة، على اختلاف الروايتين.

(قال): وفي كل أنملة منها ثلث عقلها إلا الإبهام فإنه مفصلان، ففي كل مفصل خمس من الإبل.

(ش): في كل أنملة من الأصابع ثلث عقل الأصبع، لأن كل أصبع فيه ثلاث أنامل فديته مقسومة عليها إلا الإبهام فإنهما مفصلان فتقسم دية الأصبع عليهما، فتجب في كل مفصل نصف ديته، وهي خمس من الإبل.

(قال): وفي البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية، وفي المثانة إذا لم تستمسك البول الدية.

(ش): لأن كل واحد من هذين العضوين فيه منفعة ليس في البدن مثله، فوجب في تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء.

وحكى ابن ابي موسى رواية في المثانة: أن فيها ثلث الدية.

(قال): وفي ذهاب العقل الدية.

(ش): لأن ذلك يروى عن عمر وزيد - رضي الله عنهما-، ولأن به يتميز عن البهائم ويعرف به حقائق المعلومات، ويدخل به في التكليف، وهو شرط في ثبوت الولايات، وصحة التصرفات، وأداء العبادات، فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس وقد ادعى أبو محمد أن في كتاب عمرو بن حزم: «وفي العقل الدية»ولم أر ذلك.

(قال): وفي اليد الشلاّء ثلث ديتها، وكذلك العين القائمة، والسنّ السوداء.

(١) أخرجه الترمذي في الديات (٤)؛ وأخرجه البخاري في الديات (٢٠)؛ والنسائي في القسامة؛ (٤٥)؛ وابن ماجه في الديات (١٨)؛ والدارمي في المقدمة (٢٢) وفي الديات.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن إمامنا، واختيار عامة أصحابنا لما روى عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: «أن رسول الله ﷺ قضى في العين العوراء السادّة لمكانها إذا طمست بثلث ديتها، وفي اليد الشلاّء إذا قطعت بثلث ديتها وفي السنّ السوداء إذا انتزعت بثلث ديتها»[1] رواه النسائي، ولأبي داود منه: «قضى في العين القائمة السادّة لمكانها بثلث الدية»، وعن عمر بن الخطاب -ﷺ- «أنه قضى في العين القائمة إذا خسفت، واليد الشلاء إذا قطعت، والسنّ السوداء إذا كسرت ثلث دية، كل واحدة منهن».

والرواية الثانية: في جميع ذلك حكومة، ولعله قال ذلك قبل أن يبلغه الخبر، أو قبل أن يثبت عنده، وإذن لا مقدّر في ذلك، ولا يمكن إيجاب الدية فيه كاملة لذهاب نفعه فتجب فيه حكومة.

تنبيهان: أحدهما العين القائمة هي الباقية في موضعها صحيحة، وإنما ذهب نظرها وإبصارها، واليد الشلاّء التي بطلت لآفة تعتريها. ومن ثم قال القاضي: الروايتان في السن السوداء التي ذهب نفعها، أما إن لم يذهب نفعها بالكلّيّة ففيها ديتها كاملة وخالفه أبو محمد عملاً بإطلاق أحمد وبظاهر الحديث.

الثاني: الروايتان السابقتان جاريتان في الرجل الشلاّء والأصبع الشلاّء، والذكر الأشلّ والثدي الأشلّ، ولسان الأخرس ولسان الصبيّ الذي أتي عليه أن يحركه بالبكاء ولم يحركه، الثدي دون حلمته، والذكر دون حشفته، والكفّ دون أصابعه وقصبة الأنف واليد والأصبع والرجل والسنّ الزوائد، وذكر الخصيّ والعينين على رواية، لا لأن المختار لأبي محمد في اليد والأصبع والرجل والسنّ الزوائد أن فيها حكومة، وكذلك مختاره في الذكر دون حشفته، والكفّ دون أصابعه.

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة(٣٤).

والخرقي – رحمة الله – اقتصر على ما تقدم، إما لورود النص فيها دون غيرها، وإما لأن مختار وجوب الحكومة فيما عداها.

واعلم أن أبا محمد جعل من صور الخلاف هنا من شحمة الأذن، وكلامه في المغني في هذا الموضع يقتضي إن يختار فيه حكومة.

ولما تكلم في قطع الأذن وأن في بعضها بالحساب من ديتها: قال إن روى عن أحمد في شحمة الأذن ثلث ديتها، وإن المذهب الأول وعلى هذا الثاني جرى أبو البركات ولم يحك رواية لحكومة.

(قال): وفي اسكتي المرأة الدية.

(ش): الإسكتان بكسر الهمزة وفتحها: شفر الرحم، وقيل جانباه مما يلي شفريه وفيهما الدية لأن فيهما جمالاً ومنفعة، وليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر ما في البدن منه شيئان.

(قال): وفي موضحة الحرّ خمس من الإبل.

(ش): لا تقدم في حديث عمرو بن حزم، وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده: «أن النبي ﷺ قال: في المواضح خمس من الإبل»[1] رواه الخمسة.

وقوله: في موضحة الحر، يحترز به عن موضحة العبد، فإن فيها نصف عشر قيمته أو ما نقص من قيمته على خلاف الروايتين.

(قال): سواء كان رجلاً أو امرأة.

(ش): أي سواء كان المجني عليه رجلاً أو امرأة لعموم الحديث، ولم تقدم من أن جراحها تساوى جراح الرجل إلى الثلث. ونص الخرقي على ذلك

(١) أخرجه أبو داود في الديات (١٨)؛ والترمذي في الديات (٣)؛ والنسائي في القسامة (٤٥)؛ وابن ماجه في الديات (١٩)؛ والإمام أحمد في ٢/ ١٧٩. ١٨٩، ٢٠٧.

لينبّه به على مذهب الشافعي – رحمة الله –، وهو أن موضحتها على النصف من موضحة الرجل.

(قال): والموضحة في الرأس والوجه سواء.

(ش): هذا إحدى الروايتين واختيار القاضي وعامة أصحابه لعموم ما تقدم.

وعن أبي بكر وعمر – رضي الله عنهما –: «أمّ الموضحة في الرأس والوجه سواء».

والرواية الثانية: «في موضحة الوجه عشر من الإبل» قال القاضي: نقلها حنبل. انتهى– واختارها الشيرازي، وذلك لأن شينها أكثر لظهورها بخلاف موضحة الراس فإنه يسترها الرأس والشعر، أورد أبو محمد هذه الرواية بعد ان زعم ان لفظها موضحة الوجه أحرى أن يزاد في ديتها بأن معناها أولى بإيجاب الدية لأنها يجب فيها أكثر.

وقوة كلام الخرقي تقتضي أنه لا مقدر في غير موضحة الرأس والوجه من المواضح وهو كذلك، إذا اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس، وغيرهما ليس في معناها، لأن شينها أكثر وخطرها أعظم.

(قال): وهي التي تبرز العظم.

(ش): هذا بيان للموضحة أنها التي تبرز العظم أي تظهر وقد سميّت بذلك لأنها أبدت وضح العظم أي بياضه، ولا فرق بين قليل ذلك وكثيره، حتى ولو أبدت من العظم أي بياضه، ولا فرق بين قليل ذلك وكثيره، حتى ولو أبدت من العظم قدر إبرة فهي موضحة. ومن ثم قال الأصحاب: لو شجّه في رأسه شجّة بعضها موضحة وبعضه دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش الموضحة.

(قال): وجراح المرأة تساوي جراح الرجل إلى ثلث الدية، فإذا زاد صار على النصف.

(ش): قد تقدم الكلام على هذا بما فيه كفاية، ونزيد هنا على مقتضى كلامه أنها تساويه في الثلث وهذا اللفظ في هذا الموضع غير موجود في بعض النسخ.

(قال): وفي الهامشة عشر من الإبل.

(ش): لأن ذلك يروى عن زيد بن ثابت، ولأنها شجّة فوق الموضحة يختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة. والله أعلم.

(قال): وهي التي توضح العظم وتهشمه.

(ش): هذا بيان الهاشمة. وسمّيت بذلك لهشمها العظم، وكان ابن الأعرابي يجعل بعد الموضحة المفرشة. وهي التي يصير منها في العظم صديع مثل الشعرة وتلمس باللسان لخفائه. انتهى. ويختص أيضًا بالرأس والوجه كما في الموصحة، ولو هشّمت العظم من غير إيضاح لم يجب أرش الهاشمة على مقتضى كلام الخرقي وهو كذلك بلا ريب، وهل يجب خمس من الإبل لأنه الذي يختص بالهشم، أو حكومة لأن زيدًا -ﷺ- لم يحكم إلا في إيضاح وهشم. فيه وجهان.

(قال): وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل.

(ش): قد حكى ذلك ابن المنذر إجماعًا، ويشهد له حديث عمرو بن حزم.

(قال): وهي التي توضح وتهشّم وتسطو حتى تنقل عظامها.

(ش): المنقلة زائدة على الهاشمة لأنها التي توضح وتهشم وتزيد في الهشم حتى تزيل العظام عن مواضعها، وبذلك سمّيت المنقلة لنقلها العظام.

(قال): وفي المأمومة ثلث الدية.

(ش): لحديث عمرو بن حزم، وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أن رسول الله ﷺ قضى في المأمومة بثلث العقل، ثلاث وثلاثون من الإبل

أو قيمتها من الذهب أو الورق أو البقر أو الشاء، والجائفة مثل ذلك»[1] مختصر رواه أبو داود والنسائي.

(قال): وهي التي تصل جلدة الدماغ.

(ش): وتسمّى أمّ الدماغ، سمّيت بذلك لأنها تحوط الدماغ وتجمعه.

(قال): وفي الآمة مثل ما في المأمومة.

(ش): الآمة والمامومة حكمها واحد، وهما شيء واحد، قال ابن المنذر: أهل العرق يقولون لها الآمّة، وأهل الحجاز المأمومة أي لهذه الجراحة، وسمّيت بذلك لوصولها إلى جلده الدماغ التي هي أمّ الدماغ.

تنبيه: فإن خرق جلدة الدماغ فهي الدامغة يعني بالغين المعجمة، وفيها ما في المأمومة وقيل فيها مع ذلك حكومة لخرق الجلدة، قال القاضي: ولم يذكرها أصحابنا لمسًا وأنها المأمومة في أرشها. قال أبو محمد: ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكون صاحبها لا يسلم غالبًا.

(قال): وفي الجائفة ثلث الدية.

(ش): لما تقدم من حديث عمرو بن حزم، وعمرو بن شعيب.

(قال): وهي التي تصل إلى الجوف.

(ش): وبذلك سمّيت، وقد خرج من كلام الخرقي إذا طعنه في خدّه، فوصل إلى فمه أنها لا تكون جائفة وهو المذهب لأن الفم في حكم الظاهر لا في حكم الباطن ولأبي الخطاب احتمال أنه جائفة لوصول إلى جوفه. والله أعلم.

(قال): فإن جرحه في جوفه فخرج من الجانب الآخر فهي جائفتان.

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات (١٨)؛ والنسائي في القسامة (٤٨)؛ والدارمي في الديات (١٢)؛ والإمام مالك في العقول (١)؛ والإمام أحمد في ٢/ ٢١٧.

(ش): اقتداء بأبي بكر الصديق -ﷺ- فعن سعيد بن المسيب -«أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فأنفذه، فقضى أبو بكر -ﷺ- بثلثي الدية» رواه سعيد بن منصور في سننه، وروى ذلك أيضاً عن عمر ابن الخطاب -ﷺ-.

(قال): ومن طئ زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية.

(ش): معنى الفتق أن يجعل مدخل الذكر وهو مخرج المني والحيض والولد ومخرج البول واحدًا. وقيل بل هو خرق ما بين القبل والدبر، وبعّده أبو محمد لغلظ الحاجز بينهما - فيبعد ذهابه بالوطء، وفي ذلك ثلث الدية، لأن ذلك يروى عن عمر -ﷺ-، ولأنها جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة، ويجب ذلك في ماله أن تعمّد بأن يعلم أنها لا تطيقه، وإن وطئها يفتقها، أما إن لم يعلم ذلك، وكان مما يحتمل أن لا يفضى إليه فهو شبه عمد تحمله العاقلة على الصحيح.

وقيد الخرقي بالصغيرة وفي معنا النحيفة التي لا تحتمل الوطء، ولتخرج الكبيرة المحتملة له، فإنه إذا وطئها فأفضاها لا شيء عليه لأنه وطء مستحق له، فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة، أو فعل مأذون فيه ممن يصح أذنه، فلم يضمن ما تلف بسرايته كما لو أذنت في بداوتها بما أفضى إلى ذلك.

وقال: وزوجته لتخرج الأجنبية، فإنه إن زنا بها مطاوعة فلا شيء لها، وإن كانت مكرهة واستمسك البول وجب ثلث الدية، وإن لم يستمسك فالدية كاملة وإن وطئها بشبهة فكذلك مع المهر.

(قال): وفي الضلع بعير.

(ش): يروى عن عمر -ﷺ-: «أنه قضى في الضلع بجمل»[1] وشرط أبو البركات لذلك أن يجبر مستقيمًا، مفهوم كلامه أنه لو لم يجبر مستقيمًا كان فيه

(١) أخرجه الإمام في العقول (٧).

حكومة، ولم أر هذا الشرط لغيره، وقد حكى القاضي في روايتيه أن أحمد قال: في الضلع بعير، وهذا لا قيد فيه.

(قال): وفي الترقوة بعيران.

(ش): الترقوة بفتح التاء. قال الجوهري[1]: ولا تقل ترقوة بالضم وهي العظم الذي بين ثغرة النحر والعاتق وفيها بعيران على ظاهر كلام الخرقي فيكون في الترقوتين أربعة أبعرة، وهذا قول زيد بن ثابت -ﷺ- والمنصوص أن في الواحدة بعير. فيكون فيهما بعيران، وهو قول عمر -ﷺ-، وهو المذهب عند القاضي وأصحابه، حتى إن القاضي قال: مراد الخرقي بقوله: الترقوة الترقوتان، وإنما اكتفى بلفظ واحد لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق.

(قال): وفي الزند أربعة أبعرة لأنه عظمان.

(ش): هذا إحدى الروايتين عن أحمد، وقاله ابن عقيل في التذكرة لما علل به الخرقي من أنه عظمان، ففي كل عظم بعيران والمنصوص في رواية صالح وأبي الحارث، أن في الزند الواحد بعيرين وفيهما جميعًا أربعة من الإبل، وعليه القاضي وأصحابه وحمل القاضي كلام الخرقي أيضًا على الزندين، وذلك لما روى سعيد ثنا هشيم أخبرنا يحيى بن كثير ثنا سعيد، عن عمرون بن شعيب: «أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر - رضي الله عنهما- في أحد الزندين إذا كسر، فكتب إليه عمر أن فيه بعيرين، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل».

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يقدر في غير هذه العظام. وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور. وقيل له إذا كسرت الذراع أو الساق. فقال، يروى عن عمر - ﷺ-: «في كل واحد فريضتان ولا تكنية»وظاهر هذا أنه لم يأخذ به،

---

(١) الصحاح: ٤/ ١٤٥٣ (نزق).

ونص في رواية أبي طالب: أن في كسر الساق، وفي كسر الفخذ بعيرين. كذا في روايتي القاضي. وظاهر كلام أبي البركات أن في راوية أبي طالب مع ذلك العضد والذراع. وأن أحمد نص في رواية صالح أن في كل واحد من الأربعة بعيرًا – قال: ورواه عن عمر – ﷺ –.

والرواية الثانية اختيار القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب، وزاد على ذلك عظم القدم فجعل فيه بعيرين.

تنبيهان: أحدهما: حيث أوجبنا بعيرًا أو بعيرين ونحو ذلك، فإن في غير ذلك من البقر ونحوها بحاسب ذلك، ذكره ابن عقيل.

الثاني: الزند بفتح الزاى، قال الجوهري: موصل طرف الذراع في الكف، وهما زندان بالكوع والكرسوع، وهو طرف الزند الذي يلي الخنصر وهو الثاني عند الرسغ.

(قال): قال أبو عبد الله: والشجاج التي لا توقيت فيها أوّلها الحارصة وهي التي تحرص الجلد، يعني تشقّه قليلاً.

وقال بعضهم: هي الحرصة، ثم الباضعة، وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم البازلة وهي التي يسيل منا الدم، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي بينها وبين العظم قشرة رقية، ثم الموضحة.

(ش): الشجاج جمع شجّة وهي المرّة إذا جرحه في رأسه أو وجهه، وقد تستعمل في غيرهما، والشجاج عشر، خمس منها مقدّر وهي الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة والدامغة. وخمس لا مقدّر فيها على المذهب المشهور والمختار للأصحاب من الروايتين وهي هذه المذكورة لعدم التقدير فيها من جهة الشرع، وما لا مقدّر فيه الواجب فيه حكومة. ويروى عن مكحول قال: «قضى النبي ﷺ في الموضحة بخمس من الإبل ولم يقض فيما دونها». ونقل أبو طالب عنه حكم زيد في البازلة ببعير، وفي الباضعة ببعيرين، وفي المتلاحمة بثلاثة، وفي السمحاق بأربعة، واذهب إليه.

وهذا حكم أصحاب رسول الله ﷺ كما حكموا في الصيد. وهذا اختيار أبي بكر.

وحكى الشيرازي عن ابن أبي موسي أنه اختار ذلك في السمحاق، انتهى وعن القاضي أنه قال: متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في راس المجني عليه موضحة إلى جانبها، قدّرت هذه الجراحة منها، فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة، وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش، وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على ذلك فيجب ما تخرجه الحكومة مثاله الجراحة قد نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها الواجب ثلثي أرش الموضحة، وإن نقص الشين عن النصف فالواجب النصف وملخصه أنه يوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة. قال أبو محمد: وهذا لا نعلمه مذهبًا لأحمد ولا يقتضيه مذهبه. انتهى.

وأما تفسير هذه الشجاج وترتيبها، فأؤلها الحارصة، قال الأزهري: هي التي تحرص الجلد أي تشقّه قليلاً، ومنه حرص القصّار الثوب أي خرقه بالدق، ثم يليها على ما قال الخرقي وتبعه ابن البنا، الباضعة، وهي التي تشق اللحم، بعد الجلد، يعنى ولا يسيل منهل دم، بدليل ما ذكر بعد. وكذلك قال الجوهري وابن فارس: الباضعة: الشجّة التي تقطع الجلد وتشقّ اللحم إلا أنه لا يسيل الدم، فإن سال فهي الدامية.

قال أبو محمد: الصواب: الحارضة ثم البازلة ثم الباضعة.

وقال: لعل ما في النسخ غلط من الكتاب وقال أن الباضعة التي تشقّ اللحم بعد الجلد ويسيل منها دم كثير في الغالب بخلاف البازلة فإنه الدامعة لقلّة سيلان دمها وقال: ولأن زيدًا - ﷺ - جعل البازلة بعيرًا وفي الباضغة بعيرين، فدلّ على أن الباضعة أشدّ. انتهى. وهذا قول الأصمعي والأزهري.

وبالجملة اتفقوا فيما علمناه على تقديم الحارصة وتأخير السمحاق،

واختلفوا في البازلة مع الباضعة أيهما يقدّم على الآخر، والبازلة فاعلة من بزلت الشجّة الجلد شقّته فجرى الدم، يقال بزلت الخمر، ثقبت إناءها فاستخرجتها فالدم محبوس في محله كالمائع في وعائه، والشجّة بزلته، والسمحاق قشرة رقيقة فوق عظم الرأس فإذا وصلت إليها الشجّة سمّيت سمحاق باسمها.

(قال): وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيرًا لما وقّتت ديته ففيه حكومة.

(ش): الذي فيه من الجراح توقيت كالموضحة والمنقلة وكذلك الأنف واللسان ونحو ذلك، والذي هو نظير المقت كالهاشمة والأليتين ونحو ذلك أي تقدير من جهة الشرع، وما عدا هذين وهو ما لا توقيت فيه لا يمكن قياسه على الموقت كجراح البدن سوى الجائفة وكسر العظام سواء ما تقدم كخرزة الصلب والعصعص ونحو ذلك ففيه حكومة حذارًا من أن تخلو الجراحة من أرش.

(قال): والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به قد برأت، فما نقص من الجناية فله مثله من الدية كان قيمته، وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون فيه عشر ديته.

(ش): قال ابن المنذر إن هذا قول كل من يحفظ عنه من أهل العلم، وإنما كان كذلك لأن جملته مضمونة فأجزاؤه مضمونة، كما أن المبيع إذا كان مضمونًا على البائع كانت أجزاؤه مضمونة عليه، ولو كان مضمونًا على المشتري كانت أجزاؤه مضمونة عليه فالأجزاء تابعة للأصل، وإذا كانت الأجزاء مضمونة ولم يرد فيها تقدير من جهة الشرع فالواجب سلوك هذه الطريق لنصل إلى الواجب، فيجعل الحر عبدًا ليمكن تقويمه إذ الحر ليس بمال وغير المال لا يقوم، فيقال كم قيمة هذا لو كان عبدًا لا جناية به؟ فيقال مثلاً مائة ويقالك كم قيمته وبه الجناية؟ فقال مثلاً ثمانون. فما بينهما من القيمتين هو الخمس، فيكون له خمس الدية، لأن ديته بمنزلة قيمته.

(قال): وعلى هذا ما زاد من الحكومة أو نقص.

(ش): يعني أن ما ذكرته مثالاً وقد تزيد الحكومة على مثاله كما مثلنا وقد تنقص كما لو قيل قيمته وهو صحيح عشرة، وقيمته وبه الجناية تسعة ونصف فما بينهما نصف عشر قيمته فيكون قيمته عشر الدية[1].

(قال): إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فتكون أسهل مما وقّت فيه فلا يجاوز به أرش المؤقّت.

(ش): يعني أن الواجب ما أخرجته الحكومة مطلقًا، ويستثنى من ذلك إذا كانت الجراحة في شيء فيه مقدّر فإنه لا يجاوز به المقدور، حذارًا من أن يجب في بعض الشيء أكثر مما في كلّه، ولأن الضرر في الموضحة مثلاً أكثر من الضرر في البازلة وشينها أعظم، فلا يناسب أن يزيد أرش البازلة على أرش الموضحة، وفي بلوغ القدر وجهان.

أحدهما، وهو ظاهر كلام الخرقي وإليه ميل أبي محمد، يبلغ نظرًا إلى أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة يسقط الزائد على أرش الموضحة مثلاً لمخالفة النص ففيما لم يزد يجب البقاء على الأصل.

والثاني: وهو اختيار الشريف وابن عقيل، وقال القاضي في جامعه إنه المذهب لا يبلغه، بل تنقص عنه شيئًا حسب ما يؤدي إليه الاجتهاد، حذارًا من أن يجب في البعض ما يجب في الكل، ونقضه أبو محمد بأن دية الأصابع فيها ما في اليد قال: وإن صح ما ذكر فينبغي أن تنقص أدني ما تحصل به المساواة المحدودة.

---

(١) ذلك إلا إذ شجة دون الموضحة، فبلغ أرش الجرح بالحكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد (المغني والشرح الكبير، ج، ص٦٦٠.

ومثال المسألة: لو شجّه بازلة أو سمحاقًا لم يبلغ بأرش ذلك [زيادة] على أرش الموضحة وفي بلوغه أرش الموضحة وجهان. وكذلك لو جرحه وفي بطنه جرحًا لا يصل إلى الحائفة لا يزيد أرشه على أرش الحائفة، وفي ما سواتها وجهان، وكذلك لو جرحه في أنملته جرحًا لم يزد على أرش الأنملة وفي مساواتها على الوجهين.

والخرقي - رحمة الله - اقتصرى على ذكر الرأس والوجه ومفهوم كلام اختصاص الامتناع بهما، فعلى هذا لا يجوز أن يزيد أرش جرح الأنملة على ما فيها، وغيره من الأصحاب عدا الحكم إلى كل ما فيه مقدّر كما تقدم.

تنبيه: التقويم بعد البرء قياسًا على أرش الجرح المقدّر فإنه لا يستقر إلا بعد برئه، فإن لم تنقصه الجناية شيئًا حال البرء، فعنه وهو اختيار أبي محمد: لا شي فيها إذ الحكومة لأجل جبر النقص، ولا نقص أشبه ما لو لطم وجهه فلم يؤثر، وعنه وهو المنصوص واختيار القاضي وغيره بلى، لأن هذا جزء من مضمون فلم يحل عن ضمان، كما لو أتلف منه مقدارًا ولم ينقصخ شيئًا. فعلى هذا هل يقوم حال الجناية أو قبيل الاندمال التام، فإن لم ينقص فحال الجناية، فيه وجهان.

فإن لم ينقص حال الجناية أو زادته حسنًا كإزالة لحية المرأة، أو سنّ زائدة فلا شيء على الأصح عند الشيخين.

وقال أبو الخطاب في الهداية: يقوم كأنه عبد كبير له لحية فذهبت وإشانته فما نقص لزمه من دية المرأة بقسطه.قال وفيه نظر.

وفي السنّ الزائدة قال أبو محمد: على هذا القول يقول كأن لا سنّ له زائدة ولا خلفها أصلية ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة قال: ولو كانت المرأة إذ قدرناها

ابن عشرين نقصتها ذهاب لحيتها يسيرًا أو إذا قدّرناها ابن أربعين نقصتها كثيرًا، قدّرناها ابن عشرين كما يقوم الجرح الذي لم ينقص بعد الاندمال أو قبيله.

(قال): وإن كانت الجناية على العبد مما ليس فيه من الحر شيء مؤقت ففيه ما نقصته بعد التئام الجرح وإن كان فيما جنى عليه شيء مؤقت في الحر فهو موقت في العبد.

(ش): لا نزاع أن ما لا مقدّر فيه من الحر يضمن العبد إذا جنى عليه فيه بما نقص لأن ضمانه ضمان الأموال، فيجب ما نقص كالبهائم، ولأنه مما يضمن بالقيمة وإن كثرت، فيضمن بما نقص كسائر الأموال.

واختلف فيما فيه مقدّر من الحر إذا جنى عليه العبد فيه، فعنه وهو اختيار الخال: يضمن ما نقص أيضًا لما تقدم واعتمادًا من أحمد على أنه قول ابن عباس- رضي الله عنهما- وعنه وهو اختيار الخرقي وأبي بكر والقاضي وأصحابه: أن ما كان مقدرًا في الحر فهو مقدر في العبد من قيمته نظرًا إلى أنه آدميّ يضمن بالقصاص والكفّارة، فكان في أطرافه مقدّر كالحرّ ولأن له شبهًا بالآدميين وبالبهائم كما هو مقرر في موضعه فجعلناه فيما لا مقدّر فيه كالبهائم وفيما فيه مقدّر كالأحرار، إعمالاً لك من الشبهين. وقد روى هذا عن علي -رضي الله عنه-.

(قال): ففي يده نصف قيمته. وفي موضحته نصف عشر قيمته. سواء نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر.

(ش): لا تفريع على الرواية الأولى، بل الواجب النقص مطلقًا، أما على مختار الخرقي وهو المذهب، ففي يد العبد نصف قيمته. كما في يد الحر نصف ديته وفي موضحته نصف قيمته كما في موضحة الحر نصف عشر ديته، وفي لسانه أو ذكره أو يديه جميع قيمته مع بقاء الملك عليه، كما أن في الحر في كل واحد من هذه الدية، وعلى هذه وسواء نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر

إناطة بالتقدير، وعلى هذا لو وجب عليه جناية لا مقدّر فيها في الحر أنها في شيء فيه مقدّر، كما لو جنى عليه في رأسه أو وجهه دون الموضحة هل يضمن بما نقص مطلقًا، وإليه ميل أبي محمد اعتبارًا بالأصل، أو إن نقص أكثر من أرشها وجب نصف عشر قيمته. كالحرة إذا زاد أرش شجّته التي دون الموضحة على نصف عشر ديته فيه قولان. والله أعلم.

(قال): وهكذا الأم.

(ش): الأمة كالعبد فيما تقدم لأنها مال كهو.

تنبيه: فإن بلغت جراحها ثلث قيمتها، فقال أبو محمد: يحتمل أن يردّ جنايتها إلى النصف فتكون في ثلاثة أعشار قيمتها، وفي الأربع خمس قيمتها كالحرّة تساوي الرجل في جراحتها إلى الثلث فإذا زادت ردّت إلى النصف. قال: ويحتمل أن لا تردّ إلى النصف لأن ذلك في الحرّة على خلاف الأصل، إذ الأصل زيادة الأرش بزيادة الزيادة.

(قلت): وهذا هو الصواب إذا قياسها على الحرّة إنما يقتضي أن يكون فيما نقص عن الثلث، يساوي الذكر من الارتقاء في قيمته، ولا يتأتي هذا.

(قال): وإن كان المقتول خنثى مشكلاً ففيه نصف دية ذكر، ونصف دية أنثى.

(ش): كما يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ولأنه يحتمل الذكورية والأنوثية احتمالاً واحدًا، وقد يئس من انكشاف حاله، فوجب التوسط بينهما، حذارًا من ترجيح أحدهما على الآخر بلا مرجّح.

تنبيه: جراحة ما لم يبلغ الثلث. منها الواجب فيه دية ذكر[1]، وما زاد عن الثلث الواجب فيه ثلاثة أرباعها، نصف دية ذكر ونصف دية أنثى، وفي

(١) وذلك لاستواء الذكر والأنثى في ذلك. وإن زاد على الثلث مثل أن يقطع يده ففيه ثلاثة أرباع دية يد الذكر وثلاثون بعيرًا ونصف. ويقاد به الذكر والأنثى لأنهما لا يختلفا في القود. ويقاد هو واحد منهما. (المغني والشرح الكبير، جـ٩، ص٦٦٩.

الثلث قولان الله أعلم.

(قال): وإن كان المجني عليه نصفه حرّ ونصفه عبد، فلا قول.

(ش): يعني إذا كان الجاني حرًا، لعدم الكفاءة المعتبر شرعًا كما تقدم، ولو كان الجاني رقيقًا وجب القود بلا ريب، لأن المجني عليه أكمل منه، وكذلك لو كان نصفه حرًا لتساويهما، ومن ثم لو كانت الحرية في القاتل أكثر فلا قود لعدم التساوي.

(قال): وعلى الجاني إذا كان عمدًا نصف دية حر ونصف قيمته.

(ش): ولأنه والحال ما تقدم نصفه حر، والواجب في الحر الدية، ففي نصفه نصفها، ونصفه رقيق والواجب قيمة الرقيق، ففي نصفه نصفها ويكون ذلك في مال الجاني لأنه عمد، والعاقلة لا تحمل عمدًا.

(قال): وهكذا في جراحة.

(ش): يعني يجب فيه نصف ما يجب في الحر ونصف ما يجب في العبد، ففي لسانه نصف دية حر ونصف قيمته عبد، وفي يده أو رجله ربع دية حر وربع قيمة عبد، وفي موضحته ربع عشر دية حر، وربع عشر قيمة عبد، وعلى هذا ، هذا مختار الخرقي الذي هو المذهب في أن العبد يضمن بالمقدّر، أما على الرواية الأخرى ففي لسانه نصف دية حر ونصف ما ينقص، وفي يده أو رجله ربع دية حر ونصف ما نقص، وفي موضحته ربع عشر دية حر ونصف ما نقص. والله أعلم.

(قال): وإن كان خطأ ففي ماله نصف قيمته على عاقلته نصف الدية.

(ش): أي وإن كان القتل خطأ ففي مال الجاني نصف قيمته في ماله، لأنها وجبت ببدل رقيق، والعاقلة لا تحمل رقيقًا، وعلى عاقلته نصف الدية لأنها بدل حر والعاقلة تحمل الحر في الخطأ.

تنبيه: والحكم في الجراح أن ما كان عمدًا كان في ماله الجاني، وكذلك إن كان خطأ ولم يبلغ الثلث، وإن بلغه فعلى العاقلة.

﴿باب القسامة﴾

(ش):القسامة: الإيمان يقسم بها أولياء الدم على استحقاق دم صاحبهم، أو يقسم بها المتهمون على نفي القتل عنهم.

وهو مصدر يقال أقسم يقسم قسامة إذا حلف. والأصل فيها ما روى سهل ابن أبي حثمة قال: «انطلق عبد الله بن سهل، ومحيطة بن مسعود إلى خيبر وهي يومئذ صلح، فتفرقا، فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في دمه قتيلاً فدفنه، ثم قدم المدينة، فانطلق عبد الرحمن لتكلم. فقال: كبر كبر، وهو أحدث القوم فسكت فتكلم. فقال:أتحلفون وتستحقون [دم][1] قاتلكم أو [صاحبكم][2] أو أخيكم؟ قالوا: كيف نحلف ولم نشهد ولم نر؟ قال فتبرئكم يهود بخمسين يميناً. فقالوا: كيف نأخذ أيمان قوم كفّار؟ فعلقه النبي ﷺ من عنده» وفي رواية «فقال رسول الله ﷺ: يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته. قالوا: أمر لم نشهد كيف نحلف؟ قال: فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم: قالوا يا رسول الله قوم كفّار»[3] رواه الجماعة.

وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار، عن أناس من أصحاب رسول الله ﷺ - رضي الله عنهم- : «أن القسامة كانت في الجاهلية، فأقرّها رسول الله ﷺ على ما كانت في الجاهلية» وقضى بها بين ناس من الأنصار في قتيل ادّعوه على يهود خيبر»[4]رواه مسلم وغيره.

---

(١) ما بين القوسين أثبتناها من النسخة «ج» وكانا ساقطين من «أ».

(٢) ما بين القوسين أثبتناها من النسخة «ج» وكانا ساقطين من «أ».

(٣) أخرجه البخاري في الأدب (٨٩) وفي الجزية (١٢)؛ ومسلم في القسامة (١،٣)؛ وأبو داود في الديات (٨)؛ والترمذي في الديات (٢٢)؛ والنسائي في القسامة (٤)؛ وابن ماجه في الديات (٢٨)؛ والإمام أحمد ٤\٢. ٣، ١٤٢.

(٤) أخرجه مسلم في القسامة (٨)؛ والنسائي في القسامة (٢)؛ والأمام أحمد في ٥\٣٧٥، ٣٤٢.

تنبيه: يتشحط في دمه، أي يضطرب.

وكبر كبر، أي يتكلم الأكبر.

وبّرمته يقال: أخذت الشيء برّمته إذا أخذته جمعية وألزمه الحبل كأنه أعطاه بحبله الذي يكون في فقاده به.

(قال): وإذا وجد قتيل فادّعي أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولا لوث، ولم تكن لهم بيّنة، لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها.

(ش): غير اليمين القصاص أو الدية، ولا نزاع عندنا أنه لا يحكم لهم والحال هذه بذلك لما روى ابن عباس - رضي الله عنهما- : «أن النبي ﷺ قال: لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدّعى عليه»[1] رواه مسلم وغيره، وظاهره أنه ليس على المدّعى عليه غير اليمين، ولأن الأصل براءة الذمة فلا يثبت شغلها إلا بدليل، ولم يوجد.

واختلف عن أحمد -رحمه الله- : هل يحكم لهم باليمين على المدّعى عليه؟ فعنه، وهو اختيار الخرقي: لا يحكم لهم، لأنها دعوى لا يقضى فيها بالنكول فلم يستحلف فيها كالحدود، وإنما لم يقض فيها بالنكول حذاراً من قتل نفس بأمر محتمل.

وعنه وهو اختيار أبي محمد، وهو الحق: يحكم لهم بذلك، لعموم الحديث المتقدم ولا سيما والدماء مذكورة في أوله، وذلك قرينه دخولها في اللفظ العام، ولأنه حق لآدمي فاستحلف فيه كبقية الحقوق، وعدم القضاء بالنكول ليس

---

(١) أخرجه البخاري في الرهن (٦، ٢٠، ٢٣) وفي الشهادات (١) وفي تفسير (سورة ٣-٢)؛ ومسلم في الأقضية (١،٢)؛ وأبو داود في الأقضية (٢٣)؛ والترمذي في الأحكام (١٢)؛ والنسائي في القضاه (٣٦)؛ وابن ماجه في الأحكام (٧)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٥٣، ٢٨٨، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٦٣ وفي ٢/ ٧٠.

هو العلة في عدم الحلف في الحدود، وإنما العلة بمحض حقيقته لله تعالى كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

فعلى هذه هل يحلف المدّعى عليه يمينًا واحدة، اعتمادًا على ظاهر الحديث وكبقية الحقوق، وهو اختيار أبي محمد وابن البنا وأبي الخطاب أو خمسين يميناً لأنها دعوى في قتيل، فكان المشروع فيها خمسين يميناً كما لو كان بينهما لوث، على روايتين.

وحيث حلف المدعّى عليه فلا كلام، وحيث امتنع لم يقض عليه بالقود بلا نزاع عندنا، حذار مما تقدم.

وهل يقضى عليه بالدية؟ فيه روايتان.

وإذا لم يقض فهل يخلى سبيله أو يحبس، على وجهين.

واعلم أن محل الخلاف في أصل المسألة في قتل العمد، أما قتل الخطأ فسيحلف فيه رواية واحدة ، لأن موجبه مال.

وقول الخرقي: وإذا وجد قتيل وادّعى أولياؤه على قوم، شرط هؤلاء القوم أن يكونوا معيّنين، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة ونحو ذلك لم تسمع قياساً على سائر الدعاوى.

وقوله: لا عداوة بينهم ولا لوث. يحترز عما لو كان بينهم ذلك كما سيأتي.

وقوله: ولو لم تكن لهم بيّنه، يحترز عما لو كان بيّنة فإنها تبّين الحق وتظهره فيعمل بمقتضاها. والله أعلم.

(قال): وأن كانت بينهم عداوة ولوث، وادّعى أولياؤه على واحد منهم، فأنكر المدّعى عليه لم يكن للأولياء بيّنه، حلف الأولياء خمسين يميناً على قاتله، واستحقوا دمه إن كانت الدعوى عمداً.

(ش) : الأصل في هذه الجملة من جهة الإجمال ما تقدم من حديث سهل ابن أبي خيثمة فإن القتيل كان من الأنصار، ولا ريب أن الأنصار ويهود خيبر كانوا متعادين، ولما ادّعى أولياء النصاري القتل على اليهود وأنكروا ذلك، ولم يكن لأولياء الأنصاري بيّنة، قال لهم النبي ﷺ : «أتحلفون وتستحقون قاتلكم» وفي لفظ قال: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمّته» فجعل ﷺ أن الأولياء يقسمون على القاتل ويستحقونه، أما من جهة التفصيل لقول الخرقي: وإن كان بينهم عداوة ولوث.

تنبيه: على أن القسامة المذكورة من شرطها ذلك، وهو كذلك بلا ريب، لأن الحديث ورد على مثل ذلك وهو المثبت للقسامة فلا يتعدّاه، ولأنه منع العداوة ونحوها يغلب على الظن صدق المدّعين، فيكون اليمين في جهتهم، إذا اليمين في جنبه أقوى المتداعين، ولا نزاع عن إمامنا وأصحابنا أن الحكم يثبت بالعداوة بين المقتول بعضاً بالثأر، وكما بين أهل البغي وأهل العدل وبين الشرطة واللصوص، ونحو ذلك نظراً إلى واقعة الحديث وما في معناها، من حيث أن لا فارق، فهو كقياس السيرج على السمن، والأمة على العبد.

واختلف عن إمامنا هل يقتصر على ذلك؟ به قطع جماعة من الأصحاب.

وقال أبو الخطاب إنه اختيار عامّتهم اقتصاراً على مورد النص وما في معناه، أو يتعدى ذلك إلى كل ما يغلب على الظن صحة الدعوى، كتفرّق جماعة عن قتيل، ووجود قتيل عند من معه سيف ملطخ بدم، وشهادة من لا يثبت القتل بشهادته، كالعدل الواحد، أو النساء، أو الصبيان، أو الفساق، ونحو ذلك إناطة بغلبة الظن، لأن ذلك معنى مناسب، فلأن كثيراً من الأحكام تناط بها على روايتين.

ثم قول الخرقي: عداوة ولوث، ظاهره أنه لابد من الجمع بينهما، فيحتمل أن يريد أنه لا يكتفى بمجرد العداوة، بل لا بد من قدر زايد، وهو إما ظهور العداوة كما تقدم، وعبّر عن ذلك باللوث.

وأما أن لا يكون في الموضع الذي وقع به القتل غير العدو، كما هو رأي القاضي في موضع لكن منصوص أحمد أن ذلك لا يشترط. وكذلك وقع للقاضي في موضع قال في قوم ازدحموا في مضيق فافترقوا عن قتيل إن كان في القوم من بينه وبينه عداوة، وأمكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث. وإما أن يكون بالقتيل مع العداوة أثر القتل.

وقد اختلف عن أحمد: هل فقد الأثر قادح في اللوث لضعف غلبه الظن إذن؟ إذ القتيل لا يخلو غالباً من أثر، ولأن الواقعة التي وقعت في الأنصاري كان به أثر القتل لأنه كان يتشحط في دمه قتيلاً. وهذا اختيار أبي بكر، أو ليس بقادح، لأن القتل لا يستلزم الأثر لأنه قد يعمّه أو يعصر خصيتيه ونحو ذلك، وهو اختيار القاضي وجماعة من أصحابة: الشريف وابن البنا وأبي الخطاب والشيرازي، وغيرهم على روايتين.

وإما أن الواو بمعنى أو، ويكون مختاره الرواية الثانية. انتهى.

وقوله: وادّعى أولياؤه، فظاهره أنه لا بد من اتفاق جميع الأولياء في الدعوى على المتهم بقتله، فلو ادّعى أحدهم أنه قتل وقال الآخر: بل مات حتف أنفه، أو ادّعى أحدهم أن زيداً قتله، وآخر أن عمراً قتله، ولم تشرع القسامة، إذ مع ذلك تضعف غلبة الظن أو تزول، من ثم قال أبو البركات إن ذلك قادح في اللوث. انتهى.

وقوله على واحد منهم، يحترز عمّا لو ادّعوا القتل على جماعة، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

وقوله: وأنكر المدّعى عليه ولم يكن للأولياء بيّنه، لأن مع الإقرار أو البّينة يثبت الحق وتزول القسامة.

وقوله: حلف الأولياء، فيه أمران.

أحداهما: أن البادئ باليمين هم أولياء المقتول، وهذا مذهبنا، لحديث سهل بن أبي حثمة، وحديث ابن عباس -رضي الله عنهم- : «لو يعطى الناس بدعواهم لا دّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدّعى عليه» غايته العموم فيتخصص بذلك. وقول عبد الرحمن بن بجيد: أن سهلاً ومالك أوهم الحديث: أن رسول الله ﷺ «كتب إلى اليهود: أنه قد وجد بين أظهركم قتيل فَدُوه فكتبوا يحلفون بالله خمسين يميناً ما قتلناه ولا علمنا وما قاتلاً، فَوداه رسول الله ﷺ من عنده بمائة ناقة» وكذلك حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من الأنصار «أن النبي ﷺ قال: اليهود وبدأبهم. يحلف منكم خمسون رجلاً، فأبوا، فقال للأنصار: استحلفوا. قالوا: نحلف على الغيب يا رسول الله. فجعلها رسول الله ﷺ دية على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم»[1] رواها أبو داود، ولا يقاومان حديث سهل لاتفاق الأئمة على إخراجه وصحّته. ودعوى الوهم الأصل عدمه لا سيما وسهل ممن حضر الواقعة وعرفها، قال في الصحيح: «فبعث إليهم رسول الله ﷺ مائة ناقة حمراء حتى أدخلت عليهم الدار». فقال سهل: «فلقد ركضتني منها ناقة حمراء» فإن قيل ففي بعض الروايات عن سهل عن رجال من كبراء قومه، وهذا يدل على أنه لم يشهد الواقعة. قيل: يجمع بين الروايات أن يكون ابتداء القصة كان على إخبار، ثم قول النبي ﷺ لحويصة ومحيصة ولليهود كان عن مشاهدة، ثم لو ثبت أن الجميع كان عن غير مشاهدة، فسهل صحابي، ومراسيل الصحابة حجّة.

(١) الحديثان أخرجهما أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب من ترك القود بالقسامة: ٢/ ٤٨٧ .

وقد قال: عن رجال من كبراء الصحابة، كبراء قومه لا شك أنهم من الصحابة، ثم حديث عبد الرحمن بن بجيد والرجل الذي من الأنصار متعارضان إذ في حديث عبد الرحمن أن اليهود كتبوا يحلفون بالله خمسين يميناً. وأن الرسول وداه، وفي حديث الأنصاري: أن اليهود أبوا أن يحلفوا، وأن الرسول ﷺ جعل الدية عليهم. وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أن النبي ﷺ قال: البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر إلا أبيه عن في القسامة» رواه الدارقطني (١)، وهذا نص النزاع إن ثبت.

الأمر الثاني: من هم الأولياء؟ فيه عن أحمد روايتان.

إحداهما: وهي اختيار ابن حامد، وزعم أبو محمد أنه ظاهر قول الخرقي من قوله: إذا خلّف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم وليس بالبيّن، وأنهم الرجال الورّاث من ذوي الفروض أو العصبات دون غيرهم لأنهم المستحقون للقتل المطالبون به، فاختصت اليمين بهم كبقية الدعاوى. ويؤيّد هذا حديث عمرو بن شعيب المتقدم: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة» فظاهره أن في القسامة اليمين على المدّعى، والمدّعي هو المستحق للدم.

والثانية: واختارها الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما والشيرازى وابن سهل: «يقسم خمسون منكم» والظاهر أنه لم يكن من الورثة خمسون رجلاً. وفي الحديث قال: «فقال رسول الله ﷺ لحويصلة ومحيصة وعبد الرحمن: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ قالوا: لا» وهذا تصريح بأن الخطاب والجواب وقع لعصبة غير وارث وهما حويصة ومحيصة إذ هما ابنا عم القتيل ولا نسلّم أن الدعوى في القسامة إنما تكون من المستحقين للدم، بل تكون للعصبة مطلقًا، بدليل أن النبي ﷺ منع عبد الرحمن من الكلام، وأذن لحويصة ومحيصة، ففي

(١) رواه الدارقطني في سننه ٤/ ٢١٨.

الحديث مذهب عبد الرحمن ليتكلم لمكانه من أخيه. فقال رسول الله ﷺ: كبر، كبر، فتكلم حويصة ومحيصة، وكان المعنى فيها - والله أعلم- طلب الثأر، وذلك لا يختص الورثة. وهذا ظاهر لا خفاء به.

ومن الغريب جزم أبي البركات بالرواية الأولى مع مخالفتها لظاهر الحديث، وعلى هذه الرواية يبدأ من العصبة بالمستحق للدم، فإن لم يبلغوا خمسين تمّموا من سائر العصبات الأقرب فالأقرب، فإن لم يوجد من نسبة خمسون رددت الأيمان عليهم، وقسمت بينهم. انتهى وظاهر كلام أبي بكر في التنبيه أنهم العصبة الورّاث.

وقول الخرقي: خمسين يميناً، للحديث، وفيه لفظان: «يقسم خمسون منكم، أتحلفون خمسين يمينًا».

وقوله: على قاتله، قد يقال إنه يشمل القاتل عمداً أو خطأ. وقول الخرقي: بعد واستحقّوا دمه إن كانت الدعوى عمداً، أي وإن كانت غير عمد فالدية لما تقدر أن الواجب في غير العمد الدية. وهذا منصوص أحمد، وقول الأصحاب لأنها دعوى قبل، فشّرعت فيها القسامة كالعمد، وأخذ أبو محمد في المغنى من هذه المسألة، ومما يأتي بعد أن ظاهر كلام الخرقي أن القسامة لا تشرّع في الخطأ، وقطع بذلك عنه في المقنع فقال، وذكر الخرقي أن من شروط القسامة أن تكون الدعوى عمداً، وهو أيضاً إلى ذلك لأن من شروط القسامة اللوث، واللوث على الصحيح عندهم العداوة، وتبعد التهمة مع الخطأ، وهو نظر حسن، إلا أن كلام الخرقي ليس بالبّين في ذلك، ولذلك لم أر أحدًا من الأصحاب عرّج عليه.

وقول أبي البركات: وقيل لا قسامة في الخطأ، ويشير إلي قول أبي محمد، ولو اتضح له أن ذلك ظاهر الكلام الخرقي أو نصّه لصرّح بذلك عنه. وبالجملة

القول بالقسامة في الخطأ واضح إن قيل اللوث ما يغلب. على الظن صدق المدّعي، أما إذا قيل اللوث هو العداوة فقط ففي القسامة في الخطأ نظر. انتهى

وقوله: واستحقوا دمه إن كانت الدعوى عمداً (١)، هذا مذهبنا أن القسامة قد توجب القصاص لما تقدم في الحديث: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمّته» وفي لفظ لأحمد: «قال رسول الله ﷺ: تسمّون قاتلكم ثم تحلفون عليه خمسين يمينا ثم تسلّمه» وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أن رسول الله ﷺ قتل بالقسامة رجلاً من بني نضر بن مالك [بجرة الرُّغاء على شط لِيَّة البحرة](٢). فقال: القاتل والمقتول منهم» رواه أبو داود.

وقول أبي قلابة في صحيح البخاري: «ما قتل رسول الله ﷺ إلا في إحدى ثلاث خصال: رجل قتل بجريرة نفسه فقتل، أو رجل زنا بعد إحصان، أو رجل حارب الله ورسوله» (٣) وإن الرسول إنما قال: «أفتستحقون الدية بأيمان خمسين منكم» مردود بحديث سهل، وهو صحابي وأعرف منه بالقصة لحضورها، ثم هو مثبت، والمثبت مقدّم على النافي.

تنبيه: الجزيرة: الذنب والجرم الذي يجنيه الإنسان، ونحوه.

الرغاء: البلدة.

---

(١) أما الدعوى على واحد، إن كانت الدعوى عمدًا محضًا لم يقسموا إلا على واحد معيّن ويستحقون دمه بلا نزاع. وإن خطأ أو شبه عمد، فالصحيح من المذهب والروايتين: ليس لهم القسامة (الإنصاف: (١/ ١٤٥).

(٢) ما بين المعكوفين محّرف في نسخة لخطوط. والصواب من سنن أبي داود، كتاب الديات، باب القتل بالقسامة: (٢/ ٤٨٦).

بحرة الرغاء: موضع بلية الطائف بنى بها رسول الله ﷺ مسجداً.

ولية البحرة: واد لثقيف. أو جبل بالطائف أعلاه لثقيف وأسفله لنصر بن معاوية.

(٣) أخرجه البخاري في الديات (٢٢).

(قال): وإن لم يحلف الأولياء حلف المدّعى عليه خمسين يميناً وبرئ.

(ش): هذا هو المذهب المعروف لحديث سهل: «فتبرئكم يهود بأيمان خمسين» أي يتبرأون منكم. وفي لفظ: «فتحلف لكم يهود» ولأنها أيمان مشروعة في حق المدّعى عليه فبرئ بها كسائر الأيمان.

وحكى عن أحمد رواية أخرى: أنهم يحلفون ويغرمون الدية، لحديث أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار المتقدم، وهو إن صحّ لا يدلّ لأن اليهود لم يحلفوا.

فعلى المذهب لو نكل المدّعى عليه عن اليمين لم يجب عليه القود. وهل تجب عليه الدية، وهو اختيار أبي بكر والشريف وأبي الخطاب وأبي محمد كبقية الدعاوى، أو لا يجب، بل تكون في بيت المال؟ على روايتين. وعلى الثانية: هل يخلّى سبيله أو يحبس حتى يقرّ أو يحلف؟ على روايتين.

(قال): فإن لم يحلف المدّعون ولم يرضوا بيمين المدّعى عليه فداه الإمام من بيت المال.

(ش): لما تقدم من أن النبي ﷺ: «ودى عبد الله بن سهل لّما لم يرض أولياؤه بيمين اليهود» فإن تعذّر الفداء من بيت المال لم يجب على المدّعى عليه شيء. إذ الواجب عليه اليمين، ومستحقّها امتنع من استيفائها.

(قال): وإذا شهدت البيّنة العادلة أن المجروح قال: دمي عند فلان، فليس ذلك بموجب للقسامة ما لم يكن لوث.

(ش) لما تقدم من قول النبي ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدّعى عليه» ولأنه خصم فلم تكن مجرد دعواه لوثاً كالخصم. والله أعلم.

(قال): والنساء والصبيان لا يقسمون.

(ش): لا نزاع أن الصبيان لا يقسمون، سواء كانوا من أهل القتيل أو من مدّعى عليهم، لأن الأيمان حجّة للحالف، والصبي لا يثبت بقوله حجّة، حتى أنه لو أقرّ على نفسه لم يقبل، فعلى هذا إذا كان مستحق الدم بالغًا أو صبيًا فهل تشرّع القسامة في حق البالغ، وهو المشهور أو لا تشرع حتى يبلغ الصبي وهو اختيار أبي محمد، فيه وجهان.

وعلى المذهب يحلف البالغ ويستحق نصف الدية، وهل يحلف خمسين يمينًا، قاله أبو بكر في الخلاف، أو خمساً وعشرين، وهو اختيار ابن حامد، فيه وجهان. وعلى الوجهين إذا بلغ الصبي حلف خمسًا وعشرين واستحق بقيّة الدية، وفيه وجه آخر أنه يحلف خمسين يمينًا كالبالغ ابتداء في وجه قوي.

والحكم في المجنون والغائب والنائب والناكل عن اليمين كالحكم في الصبي.

وأما النساء فلا يقسمون[1] أيضًا لأن النبي ﷺ إنما خاطب الرجال فقال: «يقسم خمسون منكم» الحديث.

وزعم أبو محمد أن في الحديث يقسم خمسون رجلاً منكم، ولم أره ولأن أيمان في القسامة من المدّعين، نزلت منزلة الشهادة، ولا مدخل للنساء في شهادة القتل، فعلى هذا إذا كان في الأولياء نساء أقسم الرجال وسقط حكم النساء، فإن كان الجميع نساء فهو كما لو نكل الورثة، وقد تقدم.

تنبيه: هل للخنثى المشكل مدخل في القسامة؟ فيه وجهان.

أحداهما: نعم، وهو ظاهر كلام الخرقي، لأن سبب القسامة وهو الاستحقاق قد وجد والمانع مشكوك فيه.

والثاني: لا، إذ القتل لا يثبت بشهادته فهو كالمرأة.

---

(١) إن كان الجميع نساء، فهو كما لو نكل الورثة، وإن كان رجال ونساء، أقسم الرجال دون النساء. (الإنصاف: ١٠/ ١٤٢).

(قال): وإذا خلّف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم وحلف كل واحد منهم سبعة عشر يميناً.

(ش): لما تقدم للخرقي أن النساء لا مدخل لهن في القسامة، أشار إلى أنها تشرع في حق الرجال الوارثين، وأنها تقسم بينهم على قدر إرثهم. ومن هنا قال أبو محمد: إن ظاهر كلام الخرقي أنها تختص بالوارث. وقد تقدم، فعلى هذا إذا خلّف المقتول ابنين حلف كل واحد خمساً وعشرين يميناً و لا كسر، وإن خلّف ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم فيحلف كل واحد سبع عشرة يميناً، إذا تكميل الخمسين واجب، ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم عن بعض، حذاراً من الترجيح بلا مرجح، فوجب تكميل اليمين المنكسرة على الجميع نظراً إلى أن ما لا يتم الواجب إلا به واجب.

(قال): وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً، حراً أو عبداً، إذا كان المقتول يقتل به المدّعى عليه إذا ثبت عليه القتل لأن القسامة توجب القود إلا أن يجب الأولياء أخذ الدية.

(ش): أما المسلم الحر فلا نزاع فيه لورود الحديث فيه، وأما الكافر والعبد ففي معناه إذ المقتضى للقسامة اللوث وهو موجود في قتلهما، وعلى هذا يحلف سيّد العبد ويستحق القصاص أو قيمته، ثم إن ظاهر كلام الخرقي أن القسامة لا تشرع إلا فيما يوجب القصاص، كذا فهم أبو محمد، واختار ذلك، فعلى هذا لا تشرع في غير العمد المحض، ولا في قتل غير المكافئ ونحو ذلك. والمشهور مشروعية القسامة في جميع ذلك حتى إني لم أر الأصحاب عرّجوا على كلام الخرقي والذي يظهر مشروعيتها في غير الخطأ لوجود اللوث المقتضى لها بخلاف الخطأ، فإن اللوث وهو العداوة على المشهور لا يتأتى. والله أعلم.

(قال): وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد.

(ش): لا نزاع عندنا أن القسامة عندنا لا تشرع على أكثر من واحد إذا كانت الدعوى موجبة للقصاص اعتمادًا على الحديث وهو قوله: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمّته» وحذارًا من أخذ نفس بنفس واحدة ببيّنة ضعيفة، وبيان ضعفها أن الحق هنا ثبت بقول المدّعى مع يمينه مع التهمة في حقّه، وقيام العداوة المانعة من صحة شهادته على عدوّه في حق لغيره، فما بالك في حقّ لنفسه، وفارق البيّنة فإنها قويت بالعدد، وعدالة الشهود وانتفاء التهمة في حقّهم لأنهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً، ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه.

واختلف عن إمامنا: هل تشرع القسامة على أكثر من واحد إذا كانت الدعوى موجبة للدية، فعنه وهو اختيار الخرقي وأبي بكر والقاضي وجماعة من أصحابه: الشريف وأبي الخطاب الشيرازي وابن البنا وابن عقيل: لا يشرع، اقتصارًا على مورد النص. وعنه: يشرع لأنها بمنزلة البيّنة في إثبات القود فكذلك في القسامة على أكثر من واحد، وإنما تركنا ذلك فيما إذا كانت موجبة للقصاص للمحذور السابق، وقد انتفى هنا فعلى هذا هل يحلف كل واحد من المدّعى عليهم خمسين يمينًا أو قسطه منها على وجهين(1).

(قال): ومن قتل نفسًا محرّمة أو شارك فيها، أو ضرب بطن امرأة حرّة كانت أو أمة فألقت جنينًا ميتًا وكان الفعل خطأ، فعلى الفاعل عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله، وقد روى عن أحمد ما يدل على أن على قاتل العمد أيضًا تحرير رقبة.

(ش): الأصل في كفّارة القتل في الجملة الإجماع، وقد شهد له قوله تعالى﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خطأً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خطأً فَتَحْرِيرُ

---

(1) يقسم من عرف وجه نسبته من المقتول، لأنه من قبيلته فقط. وسأله الميموني: إن لم يكن أولياء؟ قال: فقبيلته التي هو فيها، أو أقربهم منه. (الأنصاف: ١٠/ ١٤٦).

رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾وقوله: ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[1] الآية.

إذا تقرر هذا، فقول الخرقي من قتل، يشمل الذكر والأنثى والحر والعبد والمكلف وغير المكلف والمسلم والكافر والآية الكريمة صالحة لدخول جميع ذلك فيها إلا غير المكلف فإنه لا يتناوله الخطاب التكليفي فإذن وجوب الكفارة في ماله بضرب من القياس، وهو أن الكفّارة حقّ ماليّ يتعلق بالقتل، فتعلّقت بغير المكلف كالدية، وفيه شيء إذ الدية لا تتعلق به إنما تتعلق بالعاقلة على المذهب، وقوله: نفسًا، يشمل الذكر والأنثى والحر والعبد، والمسلم والكافر، والمكلف وغير المكلف، حتى لو قتل نفسه أو عبده أو إنسانًا بإذنه. والكتاب العزيز شامل لجميع ذلك إذ يدخل في: ومن قتل مؤمناً الذكر والأنثي بعرف الشرع، والحر والعبد والمكلف وغير المكلف، إذ الصبي ونحوه مؤمن حكمًا، وعبده والأجني بإذنه، وكذلك قد تدخل نفسه.

ونازع في ذلك أبو محمد واختار أن الكفّارة لا تجب في قتله نفسه، وقال: الآية أريد بها إذا قتله غيره بدليل قوله سبحانه ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ فقاتل نفسه لا تجب فيه دية، بدليل عامر بن الأكوع فإنه قتل نفسه خطأ ولم يأمر النبيﷺ فيه بكفّارة، ولا دية.

وفيه نظر، إذ هذه واقعة عين فيجوز أن يكون الحكم كان مقررًا معروفًا عندهم، ثم غايته أنه لم ينقل إلينا ذلك، وعدم النقل لا يدل على العدم.

وشمل كلام الخرقي أيضًا القتل بمباشرة أو سبب، والآية صالحة لذلك إذ المتسبب تصلح نسبية القتل إليه.

(١)الآية ٩٢من سورة النساء.

وقوله: محرّمة، يخرج منه القتل المباح كقتل الحربيّ والباغي والزاني المحصن والمستحق قتله قصاصًا ونحو ذلك.

أما الحربيّ ونحوه فلم يدخل في الآية الكريمة لخروجه من قوله: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً﴾ وعدم دخوله في قوله سبحانه: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ﴾ الآية. وأما من عداه فبالنظر إلى المعنى، إذ الكفّارة وجبت ماحية أو زاجرة، وقتل من ذكر أمر مطلوب ولا شيء يمحي، ولا يزجر عنه ويشمل كل نفس محّرمة. وقد استثنى أبو محمد من ذلك نساء أهل الحرب وصبيانهم، ومن لم تبلغه الدعوة، إذ لا أيمان لهم ولا أمان، فلم يدخلوا في مقتضى الكتاب العزيز.

وقد يقال: إن كلام الخرقي يخرج منه قتل الخطأ فإنه على الصحيح لا يوصف بتحريم ولا إباحة، ويجابُ بأنه لم يصف القتل بأنه محرّم، بل وصف النفس بكونها محرّمة، ولا ريب أن المقتول خطأ نفسه محرّمة الإزالة. وأبو البركات كأنه استشعر ذلك فعدل عن محرّمة إلى بغير حق.

وقوله: أو شارك فيها، هذا هو المذهب المشهور: أن الكفّارة تتعدّد بتعدّد القاتلين، لأنها من موجب قتل آدميّ فكملت في حق كل واحد من المشتركين كالقصاص. وعن أحمد رواية أخرى: أن على الجميع كفّارة واحدة، وهي أظهر من جهة الواجب كفارة واحدة، وكون القصاص يجب على كل واحد من المشتركين ممنوع، ولم سلم فذلك سداً للذريعة، وحسمًا للمادة، وقتل الخطأ ونحوه لا يقصد فلا سدّ، ثم هو منقوض بالدية فإنها لا تكمل في حق كل واحد من الشركاء على المذهب.

تنبيه: قال أبو محمد في المغني فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلاً، أن على كل واحد منهم عتق رقبة، لا نعلم فيه خلافًا، بين أهل العلم، لأن كل واحد منهم مشارك في قتل آدمي معصوم، والكفّارة لا تتبعض.

وقيل عنه رواية: أن الجميع كفّارة واحد مع أنه حكاه هنا أبي ثور، وقال: وحكى عن الأوزاعي، وحكاه أبو علي الطبري عن الشافعي.

وقوله: أو ضرب بطن امرأة حرّة كانت أو أمة فألقت جنينًا متًا ، قد تقدم ذلك في دية الجنين فلينظر ثمّ.

وقوله: وكان الفعل خطأ، يخرج العمد وشبهه، ولا نزاع أن من قتل العمد روايتين.

إحداهما - وهي اختيار أبي بكر وابن حامد والقاضي وولده أبو الحسين والشريف وأبي الخطاب والشيرازي وابن البنا - لا كفّارة فيه، لقول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خطأ﴾[1] الآية إلي قوله: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُّتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً﴾[2] فإنه سبحانه قسم القتل قسمين، قسم أوجب فيه الدية والكفّارة، وقسم جعل الجزاء فيه جهنّم. وظاهر ذلك أنه لا كفّارة فيه، يرشح ذلك أن الكفّارة وجبت محوًا لما حصل من ذهاب نفس مستحقة البقاء، والعمد أعظم من أن يمحى ما حصل فيه من الأثم بذلك، ولأن هذا قول ترجمان القرآن عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما-.

والثانية فيه الكفّارة، لما روى واثلة بن الأسقع، قال: «آتينا رسول الله ﷺ في صاحب لنا أوجب -يعني- النار بالقتل فقال: اعتقوا عنه، بعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار»[3] رواه أحمد وأبو داود، ولأنه أعظم جرمًا، فالحاجة إلى تكفيره أبلغ، وهذه الرواية زعم القاضي والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما أنها اختيار الخرقي، وليس في كلامه ما يدل على ذلك بل تقديمه يشعر بخلافه.

---

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء.
(٢) الآية ٩٣ من سورة النساء.
(٣) أخرجه أبو داود في العتاق (١٣). والإمام أحمد في (٣/ ٤٧١).

وقد حكى أبو محمد عن القاضي أنه قال: يلزم الشهود الكفّارة سواء قالوا أخطأنا أو تعمّدنا.

قال أبو محمد: وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفّارة بكل حال، ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد. قال أبو محمد لأنه وإن قصد به القتل فهو جارٍ مجرى الخطأ في أنه لا يجب به القصاص.

(قلت): وهذا ذهول عن المسألة، بل متى قالت الشهود تعمّدنا الخطأ وجب القصاص.

تنبيه: قال أبومحمد: ولا فرق بين العمد الموجب للقصاص وغيره، كقتل الوالد ولده، والسيّد عبده، والمسلم الكافر ونحو ذلك نظر للعمد به. انتهى. أما شبه العمد، فوقع لأبي محمد -رحمة الله- في المقنع إجراء الروايتين فيه نحو ذلك وذهول، فقد قال في المغني: لا أعلم لأصحابنا فيه قولاً إذ مقتضى الدليل وجوب الكفّارة فيه، لأنه أجرى مجرى الخطأ ففي نفي القصاص وحمل العاقلة ديته وغير ذلك وكذلك في الكفّارة.

(قلت): وقد نص على وجوب الكفّارة في شبه العمد الشيرازي وابن البنا والسامري وأبو البركات، وبالله التوفيق.

ثم إن الخرقي -رحمه الله- لمّا فرغ من ذكر من تجب عليه الكفّارة بيّن صفة الكفّارة فقال: إنها عتق رقبة مؤمنة وذلك بنصّ الكتاب العزيَز، فمن لم يجدها في ملكه فاضلاً عن حاجته، ولم يجد ثمنها فاضلاً عن كفايته فعليه صيام شهرين متتابعين بنص الكتاب العزيز أيضًا، فإن لم يستطع فهل يلزمه إطعام ستّين مسكينًا ككفّارة الظهار والوطء في نهار رمضان، أو لا يلزمه؟ وهو ظاهر كلام الخرقي هنا يشمل العبد وهو مستثنى من ذلك، فإن كفّارته الصيام لعجزه عمّا سواه، نعم إن أذن له السيّد في التكفير بالمال، فهل يملك ذلك مطلقًا، أو إن قلنا يملك على طريقتين قد تقدمتا، وحيث ملك ذلك فله التكفير بالإطعام، وفي العتق روايتان.

(قال): وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه إلا عدلان.

(ش): هذا هو المذهب المشهور والمختار من الروايتين، لما روى رافع بن خديج -ﷺ- قال: «أصبح رجل من الأنصار مقتولاً بخيبر، فانطلق أولياؤه إلى النبيﷺ، فذكروا ذلك له. فقال: لكم شاهدان يشهدان على قتل صاحبكم؟ قالوا: يا رسول الله لم يكن ثمّ أحد من المسلمين، وإنما هم يهود وقد يجترئون على أعظم من هذا. قال: فاختاروا منهم خمسين، فاستحلفهم، فوداه رسول الله ﷺ من عنده» روه أبو داود، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: «أن ابن محيصة الأصغر أصبح قتيلاً على أبواب خيبر. فقال: رسول الله ﷺ: أقم الشاهدين على من قتله أدفعه إليكم برمّته»[1] وذكر الحديث. رواه النسائي، وهو يدلّ بمنطوقه على الاكتفاء بشاهدين، وبمفهومه على أنه لا يكتفى بغير ذلك، فلا يقبل رجل وامرأتان، ولا رجل ويمين المدّعي.

وقد قال أبو محمد: إنه لا يعلم في ذلك خلافًا وعن أحمد -رحمه الله- رواية أخرى: لا يقبل في ذلك إلا أربعة كشهادة الزنا، والجامع حصول القتل منهما وهي مردودة بما تقدم.

(قال): وما أوجب من الجنايات المال دون القود قبل فيه رجل وامرأتان، ورجل عدل مع يمين الطالب.

(ش): هذا إحدى الروايتين، واختيار القاضي والشيرازي وابن البنا وأبي محمد، لأنها شهادة على ما يقصد به المال على الخصوص فوجب أن تقبل فيه ذلك كالشهادة على البيع، وفارق قتل العمد فإنه موجب للعقوبة فلذلك احتيط له. والثانية: لا يقبل فيه إلا رجلان، اختارها أبو بكر وابن أبي موسى لأنها

(١)أخرجه النسائي في القسامة (٥)

شهادة على قتل فلم تسمع من النساء كالقتل العمد، فعلى الأول لو كان القصاص في بعضها كالهاشمة والمأمومة، فهل يغلب جانب القصاص فلا يقبل إلا رجلان، أو جانب المال فيقبل رجل وامرأتان، ورجل ويمين المدّعي على روايتين.

﴿باب قتال أهل البغي﴾

(ش): الأصل في جواز قتالهم في الجملة قول الله سبحانه ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ الآية إلى ﴿ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ﴾[1] وعن أبى سعيد - ﷺ - قال: «قال رسول الله ﷺ: تكون أمتي فرقتين، فتخرج من بينهما مارقة تلي قتلهم أولاهما بالحق»[2] رواه مسلم وغيره. وقد قاتل علي - ﷺ - أهل الجمل وأهل صِفّين.

(قال): وإذا اتفق المسلمون على إمام فمن خرج عليه من المسلمين يطلب موضعه حوربوا.

(ش): الأصل في هذا ما تقدم، وروى ابن عباس -رضي الله عنهم- «قال رسول الله ﷺ : من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر، فإنه من فارق الجماعة شبراً فمات فميتته جاهلية»[3] متفق عليه. وعن حذيفة بن اليمان ﷺ :

---

(١) الآية ٩ من سورة الحجرات.

(٢) أخرجه مسلم في الزكاة (١٥١).

(٣) أخرجه البخاري في الأحكام (٤) وفي الفتن (٢)، ومسلم في الإمارة (٥٥، ٥٦): والدارمي في السير (٧٩)؛ والإمام أحمد في ١/ ٢٥٧، ٢٩٧، ٣١٠.

«أن رسول الله ﷺ قال: يكون بعدي أئمة لا يهتدون بهديي ولا يستنّون بسنّتي، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب شياطين فى جثمان أنس. قال: قلت: كيف أصنع يارسول الله إن أدركت ذلك؟ قال: تسمع وتطيع، وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك»(١) وعن عرفجة الأشجعي قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشقّ عصاكم أو يفّرق جماعتكم فاقتلوه»(٢) رواهما أحمد ومسلم. وعن عبادة بن الصامت - ﷺ - قال: «بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا، وعسرنا ويسرنا، وأثرة علينا، وأن لا ننازع الأمر أهله إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم فيه من الله برهان»(٣) متفق عليه.

إذا تقرر هذا فالإمام الذي هذا حكمه هو من اتفق المسلمون على إمامته كأبي بكر الصدّيق - ﷺ - ، فإن الصحابة - رضي الله عنهم - أجمعوا على إمامته وبيعه، أو عهد الإمام الذي قبله إليه، كما عهد أبو بكر الصدّيق إلى عمر - ﷺ - فأجمع الصحابة على قبول ذلك. وفي معنى ذلك لو خرج رجل على الإمام فقهره، وغالب الناس بسيفه حتى أقروا له واذعنوا لطاعته وبايعوه، كعبد الملك بن مروان فإنه خرج على ابن الزبير فقتله واستولي على البلاد وأهلها حتى بويع طوعاً وكرهاً، فإنه يصير إماماً، لما تقدم من حديث عرفجة وغيره.

تنبيه :الخارجون علي الإمام أربعة أصناف.

---

(١) أخرجه مسلم فى الإمارة (٥٢).

(٢) أخرجه مسلم في الإمارة (٦٠). والبيهقي في السنن الكبري:١٩٦\٨.

(٣) أخرجه البخاري في الأحكام (٤٣) وفي الفتن (٢)؛ في الإمارة (٤١، ٤٢، ٨٠)؛ والنسائي في البيعة (١، ٥، ٨)؛ وابن ماجه في الجهاد (٤١)؛ والإمام مالك في البيعة (١) وفي الجهاد (٥)؛ والأمام أحمد في ٢/ ٦، ٨١، ١٠١، ١٣٩ وفي ٣/ ١٢٠، ١٧٢، ١٨٥، ٢٠٤ وفي ٥١، ٤٧، ٤٩، ٤٥، وفي ٣١٤٥، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢١، ٣٢٥.

أحدها: قوم امتنعوا من طاعته وخرجوا عن قبضته بلا تأويـل أو بتأويـل غير سائغ، فهؤلاء قطّاع الطريق، يأتي حكمهم إن شاء الله تعالي.

الثاني: قوم خرجوا عن قبضة الإمام أيضًا ولهم تأويل سائغ إلا أنهم غـير ممتنعين لقتلهم، فحكي أبو الخطاب فيهم روايتين، إحدهما وصحّحها وكـذلك صحّحها الشريف، وحكاها أبو محمـد عـن الأكثـرين حكمهـم حكـم قطّـاع الطريق أيضاً والثانية وحكاها أبو محمد، عن أبي بكر: حكمهم حكم البغاة.

الثالث: الخوارج الذين يكفرون بالذنب، ويكفرون عثمان وعلياً وطلحـة والزبير، ويستحلّون دماء المسلمين وأموالهم إلا من خرج معهم، فهؤلاء فـيهم عن أحمد روايتان حكاهما القاضي فى تعليقه، إحداهما: أنهـم كفّـار، فعـلى هـذا حكمهم حكم المرتدّين، تباح دماؤهم وأموالهم، وإن تحّيـزوا في مكـان وكانـت لهم منعة وشوكة صـاروا أهـل حـرب، وإن كـانوا في قبـضة الإمـام اسـتتابهم كالمرتدّين، فإن تابوا وإلا قتلوا، لما روى علي -ﷺ- قال: «سـمعت رسـول الله ﷺ يقول: سيخرج قـوم في آخـر الزمـان حـداث الأسـنان، سـفهاء الأحـلام، يقولون من خير قول البرية، لا يجاوز إيمانهم حناجرهم، يمرقون من الدين كـما يمرق السهم الرمية، فأينما لقيتموهم فاقتلوهم، فإن في قتلهم أجـراً لمـن قـتلهم يوم القيامة»[1] متفق عليه. وعن أبي أمامة -ﷺ- : «أنـه رأى رءوسـاً منـصوبة على درج مسجد دمشق. فقال: كلاب النار شرّ قتلي تحت أيم السماء خـير قـتلي من قتلوه، ثم قرأ: ﴿ يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وَتَسْوَدُّ وُجُوهٌ﴾ إلى أخر الآية. فقيل لـه: انت سمعته من رسول الله ﷺ ؟ فقال: لو لم أسمعه إلا مرّة أو مرّتين أو ثلاثًا أو

(١)أخرجه البخاري في المناقب (٢٥) وفي فصائل القرآن (٣٦) وفي الإستتابة (٩)؛ وأبـو داود في الـسنّة (٢٨)؛ والإمام أحمد في ٤٠٤١١

أربعًا حتى عدّ سبعًا، ما حدثتكموه»(1) رواه الترمذي وحسّنه. والثانية: لا يحكم بكفرهم. لما روى أبو سعيد -ﷺ- قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: يخرج قوم يحقرون صلاتكم مع صلاتهم، وصيامكم مع صيامهم، وأعمالكم مع أعمالهم، يقرأون القرآن، لا يجاوز حناجرهم، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية، ينظر في النصل فلا يرى شيئًا، وينظر في القدح فلا يري شيئاً، وينظر في الريش فلا يري شيئاً، ويتمارى في الفوق»(2) رواه البخارى وغيره.

قال أبو عمر بن عبد البر: قوله: «يتمارى في الفوق» يدل على أنه لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشئ بحيث يشكّ في خروجهم منه، ولعموم قوله ﷺ «من قال: لا إله إلا الله دخل الجنة» فعلى هذه قال أبو محمد في المغني: ظاهر قول الفقهاء من أصحابنا المتأخرين أنهم بغاة، حكمهم حكمهم. وحكي ذلك في الكافي عن فقهاء الأصحاب، واختار هو: أنه يجوز قتلهم ابتداء وإلا يجازه على جريحهم، لما تقدم من مروقهم من الدين، وأنهم كلاب النار. قال: في قتلهم أجراً لمن قتلهم وفي الصحيح عنه ﷺ أنه قال فيهم «لئن أنا أدركتم لأقتلّنهم قتل عاد» وهذا توسط حسن. وهو اختيار أبي العباس، بل قال إن الذي عليه أئمة الحديث كالأوزاعي والثوري ومالك وأحمد وغيرهم -رضي الله عنهم- :الفرق بين البغاه وبين الخوارج، وأن قتال عليّ الخوارج كان ثابتًا بالنصوص الصريحة عن النبي ﷺ، بالاتفاق، وأما القتال يوم صفّين ونحوه فلم يتفق عليه الصحابة بل امتنع منه أكابرهم كسعد بن أبي وقاص الذي لم يكن

(١) أخرجه ابن ماجه في المقدمة (١٢)؛ والترمذي في تفسير (سورة ٣:٨)؛ والإمام أحمد في ٢٥٣\٥. ٢٥٦.

(٢) أخرجه البخاري في المناقب (٢٥) وفي فضائل القرآن (٣٦) وفي الإستتابة (٦، ٧)؛ ومسلم في الزكاة (١٤٧، ١٤٨)؛ وابن ماجه في المقدمة (١٢)؛ الإمام أحمد في ٣٣\٣، ٣٤.

بعد علي مثله، وأسامة بن زيد، وابن عمر، ومحمد ابن مسلمة -ﷺ- ، والنبيﷺ أنه كان يحب الإصلاح بين الطائفتين لا القتال. ففي البخاري أنه خطب الناس والحسن -ﷺ- معه فقال: «إن ابني هذا سيّد، وسيصلح الله به بين طائفتين عظيمتين»(١) فأصلح الله به بين أهل العراق وأهل الشام، فنزل عن الأمر لمعاوية، فقال ﷺ: «ستكون فتنة القاعد فيها خير من القائم، والقائم فيها خير من الماشي، والماشي فيها خير من الساعي»(٢) وذلك نحو ما وقع لأهل الجمل. وهذا ظاهر في أن الذي فعله الحسن هو الذي كان يحبّه الله ورسوله، وأن الإصلاح بين الطائفتين ما أمكن أولى من القتال، وهذا بخلاف الخوارج فإن الذي يحبّه الله ورسوله - كما دلّت عليه الأحاديث - هو قتالهم.

الصنف الرابع: قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ويرون خلعه لتأويل سائغ وإن كان صواباً، وقيل: لا بدّ وأن يكون خطأ، ولهم منعة وشوكة، فهؤلاء البغاة المبوب لهم بلا ريب. وكلام الخرقي يقتضي أن كل من طلب موضع الإمام فإنه يحارب، وقرينه حربه واقتضى أن لهم منعة وشوكة.

تنبيه: جثمان إنْس (٣) يريد أن يشق عصاكم.

المنشط: الأمر الذي ينشط له ويحنّ إليه، وتؤثر فعله.

---

(١)أخرجه البخاري في الصلح (٩) وفي فضائل النبي (٢٢) وفي الفتن (٢٠) وفي المناقب (٢٥)؛ وأبو داود في السنة (١٢) وفي المهدي (٨)؛ والترمذي في المناقب (٣٠)؛ والنسائي في الجمعة (٢٧).

(٢)أخرجه البخاري في الفتن (٩) وفي المناقب (٢٥)؛ ومسلم في الفتن (١٠، ١٢)؛ وأبو داود في الفتن (٢)؛ والترمذي في الفتن (٢٩)؛ وابن ماجه في الفتن (١٠)؛ والإمام أحمد في ٢٨٢\٢ وفي ١٠٦\٤، ١١٠ وفي ٣٩\٥، ٤٨، ١١٠.

(٣)يشير إلي حديث حذيفة -ﷺ- الوارد آنفًا

والمكره: الأمر الذي تكره ويثّاقل عنه.

والإثرة: الاستئثار بالشيء والانفراد، والمراد في الحديث إن منعنا حقنا من الغنيمة والفيء، وأعطي غيرنا نصبر علي ذلك.

والكفر البواح: الجهار.

والبرهان: الحجّة والدليل.

والرمية والفوق والقدح.

(قال): ودفعوا عن ذلك بأسهل ما يعلم أنه يندفع.

(ش): البغاة إذا خرجوا على الإمام فإنه يراسلهم ويسألهم ما يبغون منه فإن ذكروا مظلمة أزالها، وإن ادّعوا شبهة كشفها لما تقدم من قوله تعالي: ﴿ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ (١) فأمر سبحانه بالإصلاح أولاً.

ويروي: «أن عليًّا - ﷺ - راسل أهل البصرة قبل واقعة الجمل، ثم أمر أصحابة أن لا يبدأوهم بالقتال. ثم قال: - إن هذا يوم من فلح فيه فلح يوم القيامة. ثم سمعهم يقولون: الله أكبر، ياثارات عثمان. فقال: اللهم أكبّ قتلة عثمان لوجوههم، فإن رجعوا، وإلا خوفهم القتال» ومتي أمكن دفعهم بغير القتل لم يجز قتلهم إذ المقصود دفع شرّهم، وإن لم يكن قاتلهم، وعلى رعيته معونته، لما تقدم من حديث عرفجة وغيره.

وصرّح أبو محمد والقاضي في جامعه بأنه يجب قتالهم، وهو ظاهر حديث عرفجة، وظاهر الآية الكريمة: ﴿ فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ﴾ وظاهر قصة الحسن - ﷺ - ، وقول النبي ﷺ: «ستكون فتنة» ونحو ذلك يقتضي أن القتال لا يجب، وكيف يجب وقد امتنع منه من تقدم من الصحابة. وأشار الحسن علي أبيه بترك القتال، وعلى هذا فللإمام أن يترك الأمر

---

(١) الآية ٩ من سورة الحجرات

الذي في يده للذي خرج عليه إن لم يخف مفسدة، كما فعل الحسن -ﷺ- ، ويجوز له القتال كما فعل علي -ﷺ- ، ويجوز له القتال كما فعل الإمام علي -ﷺ- ، ويجب إذن علي رعّيته معونته بلا ريب، وعلي ذلك تحمل الآية الكريمة والحديث . فإنه متي ترك الإمام الأمر الذي في يده حصل الإصلاح، فإذن لا حاجة إلي القتال، وإن لم يترك فهو محقّ وغيره متعد عليه، فيجب قتله وكفّ شرّه، لقوله تعالي: ﴿ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي ﴾ وقوله سبحانه : ﴿أَطِيعُواْ اللهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾[1] وحديث عرفجة، وغير ذلك. والله اعلم.

(قال): فإن آل ما دفعوا به إلي نفوسهم فلا شئ، علي الدافع.

(ش): يعني أنهم إذا دفعوا بالأسهل فالأسهل حال ما دفعوا به إلي نفوسهم فلا شيء ، علي الدافع من أثم ولا ضمان لأنه فعل مأذون فيه شرعاً أشبه قتال الكفّار ونحوهم وكذلك بطريق الأولي ما أتلفه العادل علي الباغي حال الحرب من المال. والله أعلم.

(قال): وإن قتل المدافع فهو شهيد.

(ش): لأنه قتل في قتال مأمور به أشبه قتيل الكفّار. والله أعلم.

(قال): وإذا دفعوا لم يتبع لهم مدبر، ولم يجيزوا علي جريح.

(ش): لما روي عن مروان بن الحكم -ﷺ- قال: «صرخ صارخ لعلي يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يدفف علي جريح. ومن أغلق بابه فهو آمن، ومن ألقي السلاح فهو آمن» رواه سعيد. ويروي نحوه عن عمار -ﷺ-، ولأن المقصود كفّ شرّهم، وقد حصل. فأشبهوا الصائل. وعموم كلام الخرقي يقتضي انه لا فرق بين أن يكون لهم فيه ممتنعة يلجأون إليها. أو لم يكن، وهو كذلك.

---

(١) الآية ٥٩ من سورة النساء

(قال): ولم يقتل لهم أسير.

(ش): لأن شرّه قد اندفع بأسره، وعن عبد الله بن مسعود -ﷺ- : «أن النبي ﷺ قال: يا بن أم عبد، ما حكم من بغي علي أمتّي ؟

قلت: الله ورسوله أعلم فقال: لايتبع مدبرهم، ولا يجاز علي جريحهم، ولا يقتل أسيرهم، ولا يقسم فيئهم» ذكره القاضي في شرحه.

تنبيه: لا يجاز على جريحهم، أي لا يقتل ولا يدفف.

(قال): ولم يغنم لهم مال.

(ش): لحديث ابن مسعود -ﷺ- ، وعن أبي امامة -ﷺ- : «شهدت صفّين، فكانوا لا يجيزون علي جريح ولا يقتلون مولّيًا، ولا يسلبون قتيلاً» ولأنهم معصومون أبيح من دمائهم وأموالهم ما حصل من ضرورة دفعهم، فيبقي، ما عداه علي أصل التحريم.

(قال): ولم تسب لهم ذرية.

(ش): لما تقدم في التي قبلها، ولأنهم كالصائل، لا يستباح منهم إلا ما حصل به ضرورة الدفع. ويروى أن مما نقمت الخوارج على عليّ -ﷺ- أنهم قالوا: إنه قاتل ولم يسبب ولم يغنم. فإن حلّت له دماؤهم فقد حلّت له أموالهم، وإن حرّمت عليه أموالهم فقد حرّمت عليه دماؤهم. فقال لهم ابن عباس- رضي الله عنهما- :«أتسبّون أمّكم- يعني عائشة رضي الله عنها- ؟ أم تستحلّون منها ما تستحلّون من غيرها ؟ فإن قلتم ليست أمكم فقد كفرتم، وإن قلتم: إنها أمّكم واستحللتم سبّها فقد كفرتم».

(قال): ومن قتل منهم غسل وكفّن وصلي عليه.

(ش): يعني من البغاة، وذلك لأنهم مسلمون، وغايته أنهم مخطئون، فيجري عليهم حكم المسلمين، وعن النبي ﷺ: «صلّوا علي من قال لا إله إلا الله».

قال أبو محمد: ولم يفرّق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم. وظاهر كلام أحمد أنه لا يصلّي على الخوارج. قال: أهل البدع إن مرضوا فلا تعودوهم، وإن ماتوا فلا تصلّوا عليهم. وقال الجهمية والرافضة لايصلّى عليهم. قد ترك النبي ﷺ الصلاة بأقل من هذا. وذكر أن النبي ﷺ نهي أن يقاتل خيبر من ناحية من نواحيها، فقاتل رجل من تلك الناحية وقتل، فلمْ يصلّ عليه النبي ﷺ.

(قال): وما اخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم.

(ش): لأن عليًّا -رضي الله عنه- لمّا ظهر علي أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جنوه. وكان ابن عمر -رضي الله عنهما- إذا أتاه ساعي نجدة الحروري دفع إليه زكاته، وكذلك سلمة بن الأكوع -رضي الله عنه- ولأن في الرجوع عليهم تنفيراً لهم عن الرجوع إلي الطاعة. ومن ثم قلنا: لا يضمنون ما أتلفوه في حال الحرب علي المذهب. وفي الرجوع علي أرباب الأموال ضرر عظيم ومشقّة عظيمة، وأنهما منتفيات شرعاً، وحكم الجزية حكم الخراج. ويقبل قول أرباب الصدقات في أنهم قد أخذوا الصدقة منهم بغير يمين، ولا يقبل مجرد قول أهل الذمة، لأنهم غير مأمونين. وقيل: يقبل بعد مضيّ الحول. إذ الظاهر أن البغاة لا يدعون الجزية لهم فكان الظاهر معهم، وهل يقبل مجرد قول من عليه الخراج إن كان مسلماً في دفع الخراج إليهم. لأنه حق على مسلم فهو كالزكاة أو يقبل لأنه عوض فهو كالجزية علي وجهين.

(قال): ولا ينقص من حكم حاكمهم إلا ما ينقص من حكم غيره.

(ش): هذا مبني على أصل، وهو أن البغاة إذا لم يكونوا مبتدعين لا يفسّقون، لأن لهم تأويلاً سائغاً، أشبه اختلاف الفقهاء، فعلى هذا إذا نصّبوا قاضياً فحكمة حكم قاضي أهل العدل إن حكم بما يخالف نص كتاب أو سنّة أو إجماع، كأن يحكم على أهل العدل بضمان ما أتلفوه في الحرب، وعلى أهل البغي بنفي ضمان ما أتلفوه في غير حال الحرب نقض حكمه، وإن حكم بمختلف فيه لم ينقض. كأن حكم بسقوط الضمان على أهل البغي فيما أتلفوه في الحرب ونحو ذلك، وإن كتب إلي قاضي أهل العدل قبل كتابه لما تقدم، والأولى عند أبي محمد عدم القبول كسراً لقلوبهم، وإن كان البغاة متبدعين لم يجز قضاء من ولّوه لانتفاء شرط القضاء وهو العدالة. ولأبي محمد احتمال بصحة القضاء ونفوذ الأحكام حذاراً من الضرر بفساد العقود المدّة الطويلة. والله أعلم.

إنتهى بعون الله تعالى
الجزء الثالث، ويتلوه الجزء الرابع
وأوله كتاب المرتد

(فهرس الموضوعات)